

Alice FUCHS-CESSOT

Maître de conférences en droit à l'Université Paris 8 - Vincennes-Saint-Denis

Membre du Serdeaut de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne

Norbert FOULQUIER

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne

Directeur du GRIDAUH

Codirecteur du SERDEAUT

Paris, le 19 avril 2022

**Consultation juridique relative à la possibilité pour les OPH et les ESH
agréés OFS d'acquérir des immeubles en VEFA en vue de conclure un BRS**

La Fédération des OPH et la Fédération des ESH ont sollicité un avis de droit de notre part sur deux questions :

1ère question : les OPH et les ESH agréés OFS (organisme de foncier solidaire) sont-ils compétents pour acquérir des immeubles en l'état futur d'achèvement (VEFA) en vue de conclure des baux réels solidaires (BRS) ?

2ème question : les dispositions relatives à l'activité OFS des OPH et des ESH agréés peuvent-elles leur permettre de déroger au régime de la VEFA qui leur est applicable en tant qu'organisme HLM ?

Pour répondre à ces questions, il convient :

- de déterminer comment s'articulent les compétences des OPH et des SA HLM (ESH) agréés OFS au titre du code de la construction et de l'habitation (CCH) et du code de l'urbanisme et notamment d'interpréter le 9° de l'article L. 421-4 du CCH et le 44° alinéa de l'article L. 422-2 rédigés dans des termes identiques : « *Elles peuvent aussi être agréées pour exercer les activités d'organisme de foncier solidaire définies à l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme, dans les limites du service d'intérêt général défini à l'article L. 411-2 du présent code* » ;
- d'identifier les moyens à la disposition des OPH et des ESH agréés OFS pour exercer leur compétence BRS et de déterminer le régime juridique qui leur est applicable lorsqu'ils achètent des immeubles en VEFA en vue de conclure des BRS.

Sur ces questions, notre avis est le suivant :

D'une part, les OPH et les ESH agréés OFS disposent de compétences au titre de deux législations distinctes (le CCH et le code de l'urbanisme). En vertu du principe de l'indépendance des législations, ces compétences s'additionnent sans que le 9° de l'article L. 421-4 du CCH et le 44° alinéa de l'article L. 422-2 ne puissent être analysés comme remettant en cause ce cumul. Ainsi, les OPH et les ESH agréés disposent de toutes les compétences conférés aux OFS en vertu du code de l'urbanisme. Par ailleurs, quand bien même ces dispositions seraient interprétées comme cantonnant les compétences OFS des OPH et des ESH à leur activité SIEG, les réponses apportées aux questions posées seraient similaires.

D'autre part, les OPH et les ESH agréés peuvent recourir à la VEFA dans leur activité OFS puisque le code de l'urbanisme autorise les OFS à acquérir des terrains et des biens immobiliers en vue de conclure des BRS, sans imposer que ces acquisitions soient accompagnées de travaux à leur charge. Lorsqu'ils produisent des logements en tant qu'OFS, les OPH et les ESH agréés ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 421-1, L. 422-2 et L.433-2 du CCH qui viennent encadrer le recours à la VEFA uniquement lorsqu'ils exercent leurs compétences traditionnelles HLM. Toutefois, lorsqu'ils achètent des ouvrages en VEFA en vue de conclure des BRS, ils doivent respecter le code de la commande publique qui intègre désormais les dispositions 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'oeuvre privée (MOP).

Ainsi, un ouvrage entièrement conçu en fonction des besoins propres des OPH et des ESH agréés OFS ne peut pas être acheté en VEFA, sans tomber sous le coup de la qualification

de marché public de travaux (V. art. L. 1111-1 du code de la commande publique). Par ailleurs, l'article L. 2411-1 du code de la commande publique – reprenant la loi MOP – n'empêche pas les OPH ou les ESH agréés OFS d'acheter en VEFA des logements au sein d'un programme immobilier en vue de conclure des BRS. Tout au plus ne peuvent-ils pas acheter en VEFA un logement qui correspondrait à un seul ouvrage.

Nous concluons donc à la capacité des OPH et des ESH agréés OFS d'acquérir des immeubles en VEFA en vue de conclure des BRS, sous réserve des limites précitées.

Table des matières

Avant propos - Présentation du contexte	5
I/ L'extension des compétences des OPH et des ESH agréés OFS	8
A/ Le cumul des compétences HLM et OFS	8
1 - Des compétences relevant de deux législations distinctes	8
2 - L'articulation des compétences OFS avec l'art. L. 411-2 du CCH.....	9
B/ L'exercice de la compétence BRS	11
1 - Le respect de la mission essentielle des organismes d'HLM.....	11
2 - Une compétence accessoire ?	12
II/ Les moyens à la disposition des OPH et des ESH agréés OFS pour produire des logements en BRS.....	13
A/ La distinction entre compétence et moyen	13
1 - La confusion opérée dans les textes	13
2 - La qualification de la VEFA en tant que moyen.....	13
B/ L'absence d'encadrement du recours à la VEFA par les OFS.....	14
1 - Le droit commun de la VEFA	14
2 - L'absence de limitation du recours à la VEFA dans le code de l'urbanisme	15
C/ L'encadrement du recours à la VEFA par les OPH et les ESH.....	16
1 - L'encadrement dans l'exercice de leurs compétences HLM.....	16
2- L'absence d'encadrement dans l'exercice de leurs compétences OFS	18
3- Le respect du code de la commande publique.....	18

AVANT PROPOS - PRESENTATION DU CONTEXTE

Rappel des principales caractéristiques du dispositif OFS/BRS

Dans le grand ensemble de ce que les praticiens appellent les nouveaux modes d'accèsion à la propriété en matière de logement, la loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR) et l'ordonnance n° 2016-985 du 20 juillet 2016 relative au bail réel solidaire ont créé une nouvelle voie : celle de la quasi-propriété.

Les OFS et les BRS fonctionnent en couple puisque le BRS est un bail réservé aux seuls organismes agréés OFS pour mener à bien leur mission d'intérêt général consistant à produire des logements abordables réservés à des ménages modestes. C'est via la conclusion de BRS que les OFS exercent leur activité principale consistant à « *gérer des terrains ou des biens immobiliers dont ils sont propriétaires, le cas échéant après avoir procédé à leur acquisition, en vue de réaliser, y compris par des travaux de réhabilitation ou de rénovation, des logements destinés à des personnes aux ressources modestes, sous conditions de plafond, et des équipements collectifs conformément aux objectifs de l'article L.301-1 du CCH.* » (C. urb., alinéa 1^{er} de l'art. L. 329-1).

L'OFS cède des droits réels immobiliers sur sa propriété, soit à l'occupant du logement, soit à un opérateur. Il existe ainsi deux types de BRS : le « BRS occupant » avec un preneur de BRS qui occupe logement (CCH, art. L. 255-2) et le « BRS opérateur » avec un opérateur qui, le cas échéant, construit ou réhabilite des logements et peut donc avoir la maîtrise d'ouvrage (sur ce point voir, A. Fuchs-Cessot, « Le bail réel solidaire : premier bilan », *Actes pratiques et ingénierie immobilière, Lexisnexis* (avril 2022). L'opérateur soit « s'engage à vendre les droits réels immobiliers » (CCH, art. L. 255-3), soit « s'engage à (...) mettre (les logements) en location » (art. L. 255-4). Lorsque l'opérateur ne loue pas les logements, le CCH prévoit que le bail qui le lie à l'OFS se vide progressivement des droits réels immobiliers qu'il contient au fur et à mesure des ventes aux ménages (ventes qui donnent lieu à la signature d'un BRS occupant) et s'éteint automatiquement à la dernière vente. Deux types de logements sont donc susceptibles d'être produits via la conclusion d'un BRS : les logements occupés par les preneurs de BRS dits « logements en accession en BRS » ou les logements loués à leurs occupants par l'opérateur preneur dits « logements locatif en BRS ».

Par ailleurs, le BRS est automatiquement rechargeable. La revente des droits réels immobiliers par le preneur a pour conséquence de recharger le bail de sa durée initiale qui peut aller de 18 à 99 ans (CCH, art. L. 251-12). En pratique, les BRS peuvent donc avoir une durée plus longue que celle prévue initialement dans le contrat sans que l'on puisse connaître leur véritable date de fin. Il s'agit ainsi de garantir sur le long terme l'accessibilité économique et sociale du logement.

Au-delà de ces originalités, la qualification juridique des logements en accession en BRS prête à débat (lire notamment B. Grimonprez, « La cession de droits réels démembrés », *in Les recodifications du droit de la vente en Europe*, dir. Boucard H., Lete J., Pazos R., Savaux É. et Shütz R.-N, PU Poitiers, 2021). Lorsqu'un « BRS occupant » est conclu, s'agit-il d'une vente ou d'une location ? Malgré le recours au terme « vente » dans plusieurs dispositions du CCH, le BRS reste un bail emphytéotique. Il s'agit donc d'un contrat de location de longue durée par lequel le bailleur (l'OFS) accorde au preneur un droit réel immobilier sur sa propriété. En principe, la vente se définit comme le transfert, contre un prix, de la

propriété d'une chose. Or, dans le cadre du BRS occupant, il n'y a pas vente mais octroi temporaire (quoique le bail soit automatiquement rechargeable) de droits réels. Le preneur de « BRS occupant » ne peut donc pas être considéré comme un plein propriétaire de son logement. Cette difficulté a d'ailleurs été implicitement reconnue par le législateur dans la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale (3Ds) qui a précisé à l'article L. 443-7 du CCH que « *la conclusion d'un tel bail (le BRS) est assimilée à une vente pour l'application de la présente sous-section.* », ce qui signifie *a contrario* que le BRS n'est pas une vente et ne l'est surtout pas pour les autres sections ou sous-sections du CCH et du code de l'urbanisme. Les logements issus de la conclusion d'un « BRS occupant » devraient ainsi non pas relever de l'accession à la propriété mais plutôt d'une troisième voie dont le régime reste à préciser en ce qui concerne les organismes HLM et l'activité SIEG notamment. En tout état de cause, il n'est pas nécessaire de trancher cette question pour répondre à la consultation.

La rédaction souvent maladroite des textes encadrant le dispositif OFS/BRS n'aide assurément pas à sa compréhension comme on le voit notamment en ce qui concerne les dispositions relatives à l'agrément des OPH et des ESH.

Les organismes HLM et l'agrément OFS

La loi ALUR du 24 mars 2014 ne prévoyait pas explicitement la possibilité pour les organismes HLM d'être agréés OFS. Dans sa version d'origine, l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme semblait même exclure la possibilité pour des organismes déjà existants d'exercer cette activité. C'est pourquoi la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté (art. 139) est venue préciser que le préfet peut agréer « *un organisme existant et exerçant par ailleurs d'autres missions que celles définies au présent article.* ». Puis la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN) a modifié à nouveau cette disposition de façon à prévoir explicitement la possibilité pour toutes les catégories d'organismes HLM d'être agréés OFS. « *Peuvent être agréés à exercer l'activité d'organisme de foncier solidaire, à titre principal ou accessoire, les organismes sans but lucratif et les organismes mentionnés aux articles L. 411-2 et L. 481-1 du même code.* ». Il s'agissait ainsi de s'assurer que toutes les familles HLM pouvaient demander un tel agrément, notamment les OPH qui sont des établissements publics.

Cette même loi a également modifié les articles L. 421-4 et L. 422-2 du CCH afin qu'y soit mentionné le fait que les OPH et les ESH peuvent « *être agréés pour exercer les activités d'OFS définies à l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme, lorsque les activités définies dans les statuts de l'organisme créé font partie du service d'intérêt général défini à l'article L. 411-1 (du CCH).* », ce qui au demeurant n'était pas nécessaire dès lors qu'ils détiennent cette compétence en vertu du code de l'urbanisme. Par la suite, considérant qu'une erreur de plume avait été commise¹, le législateur est à nouveau intervenu. Ainsi, l'article 28 de la loi 3Ds du 21 février 2022 est venu modifier les articles L. 421-4 et L. 422-2 du CCH. Désormais, il est écrit que les OPH et les ESH peuvent être agréés pour exercer les activités d'OFS définies à l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme, « *dans les limites du service d'intérêt général défini à l'article L. 411-2 (du CCH)* ».

Toutes ces corrections ont abouti à rendre la loi encore plus illisible et montrent à quel point le législateur s'interroge encore sur l'ovni juridique que constitue le BRS. D'où la nécessité, tant que les textes n'auront pas été corrigés, de mettre de l'ordre dans les

¹ Voir Sénat, rapport pour avis n° 720 présenté au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi 3Ds par Mme Dominique Estrosi Sassone, 29 juin 2021, p.70.

dispositions en vigueur en les interprétant de façon à respecter au mieux l'intention du législateur.

A ce jour, de nombreux OPH et ESH ont obtenu leur agrément OFS ou sont en passe de l'obtenir et envisagent de produire des logements via la conclusion de BRS. C'est pourquoi vous nous posez la question de la possibilité pour un OPH ou une ESH d'acheter des immeubles en VEFA pour conclure des BRS. Pour y répondre, il convient de cerner l'extension des compétences dont bénéficient les OPH et les ESH lorsqu'ils sont agréés OFS (I) et de déterminer quels sont les moyens à leur disposition pour produire des logements en BRS, notamment s'ils peuvent recourir à la VEFA et dans l'affirmative à quelles conditions (II).

I/ L'EXTENSION DES COMPETENCES DES OPH ET DES ESH AGREES OFS

Toutes les personnes morales sont soumises au principe de spécialité qui signifie qu'elles doivent définir leur objet social et donc leurs compétences dans leurs statuts et agir uniquement dans les limites qui y sont fixées. En tant que personne morale, les organismes HLM – et donc les OPH et les ESH – sont soumis à ce principe. Mais les organismes HLM présentent aussi la particularité de ne pas pouvoir fixer librement leurs compétences ou activités (les deux termes doivent être entendus comme des synonymes). En effet, leur objet social est réglementé par l'Etat, par le biais de clauses-types comme c'est le cas pour les ESH tandis que les OPH en tant qu'établissement public ont un statut légal. Le principe de spécialité s'applique également aux OFS qui voient leur objet social strictement encadré par l'Etat.

Ce principe étant rappelé, il convient de préciser que c'est le cumul des compétences qui prévaut dès lors qu'un organisme HLM est agréé OFS, celui-ci disposant de titres à agir en vertu du CCH mais également en vertu du code de l'urbanisme (A). La question se pose néanmoins de savoir si la compétence BRS doit être exercée dans le respect de certaines limites (2).

A/ LE CUMUL DES COMPETENCES HLM ET OFS

Aux termes du 3^e alinéa de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme :

« Les organismes de foncier solidaire sont agréés par le représentant de l'Etat dans la région, après avis de l'instance prévue à l'article L. 364-1 dudit code. Peuvent être agréés à exercer l'activité d'organisme de foncier solidaire, à titre principal ou accessoire, les organismes sans but lucratif et les organismes mentionnés aux articles L. 411-2 et L. 481-1 du même code. »

Aux termes du 9^o de l'article L. 421-4 et du 44^e alinéa de l'art. L. 422-2 du CCH rédigés dans des termes identiques tant les OPH que les ESH peuvent :

« être agréées pour exercer les activités d'organisme de foncier solidaire définies à l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme, dans les limites du service d'intérêt général défini à l'article L. 411-2 du présent code. ».

Au titre de ces dispositions, les OPH et les ESH qui le souhaitent peuvent faire une demande d'agrément auprès du préfet. Si cet agrément leur est accordé, ils disposent alors de compétences supplémentaires au titre du code de l'urbanisme qui viennent s'ajouter à leurs compétences en tant qu'organisme HLM au titre du CCH (1). Pour connaître l'étendue de cette extension, il est nécessaire d'analyser le 9^o de l'article L. 421-4 et le 44^e alinéa de l'art. L. 422-2 du CCH (2).

1 - Des compétences relevant de deux législations distinctes

L'indépendance des législations est un principe d'origine jurisprudentielle qui garantit les différentes législations et réglementations contre d'éventuels empiètements. Ce principe général s'applique systématiquement, sauf renvoi explicite ou reprise d'une législation dans le cadre d'une autre par le biais de la jurisprudence (V. A. Van Lang, *Dictionnaire de droit administratif*, A. Colin, 2021). En vertu de ce principe, pour connaître les compétences d'un OPH ou d'une ESH agréés OFS, il convient de raisonner législation par législation et au

sein même de chaque législation, chapitre par chapitre, voire article par article. En effet, les textes circonscrivent parfois le champ d'application d'une qualification juridique au sein d'une même législation.

Ainsi, les OPH et les ESH agréés OFS se voient attribuer, d'une part, les compétences attribuées notamment à l'article L. 421-4 du CCH pour les OPH et celles figurant notamment à l'article L. 422-2 pour les ESH et, d'autre part, celles conférées aux OFS et figurant notamment aux articles L. 329-1 et R. 329-1 du code de l'urbanisme (à propos des compétences des OFS, voir A. Fuchs-Cessot, « Le dispositif OFS/BRS : un outil efficace pour favoriser le logement abordable ? », *Complément urbanisme et aménagement*, Le Moniteur, 2021).

Les OFS détiennent plusieurs compétences pour mener à bien leur mission principale en matière de logement abordable. Sans être exhaustif, on peut relever ici les compétences « achat d'immeuble », « construction d'immeuble », « réhabilitation d'immeuble », rénovation d'immeuble », « gestion d'immeuble » et « BRS ». Toutes ces compétences doivent être exercées en vue de réaliser ou de gérer des logements abordables à usage d'habitation principale ou à usage mixte professionnel ou d'habitation principale réservés à des ménages modestes. C'est dans l'exercice des compétences « BRS » et « gestion d'immeuble » que réside le cœur de leur action.

Pour ce qui nous intéresse ici, les les OPH et les ESH agréés OFS disposent donc de la compétence BRS en vertu de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme. Quant à la définition de son contenu, elle résulte des articles L. 255-1 et s. du CCH. Elle consiste pour l'OFS à consentir à un preneur, dans les conditions prévues à l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme et pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans, des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété de logements, avec s'il y a lieu obligation pour ce dernier de construire ou réhabiliter des constructions existantes. Mais elle englobe également d'autres titres à agir comme la sélection des preneurs de BRS et le droit de préemption.

- ⇒ Dès lors qu'ils sont agréés OFS, en vertu du principe de l'indépendance des législations, un OPH ou une ESH (une fois ses statuts modifiés afin de prendre en compte son activité OFS, voir sur ce point l'art. R. 329-4 du code de l'urbanisme) disposent de compétences élargies résultant de l'addition de leurs compétences en tant qu'organisme HLM et en tant qu'organisme agréé OFS. Sous réserve d'éventuelles restrictions prévues explicitement par le CCH.
- ⇒ A noter qu'en vertu du principe de spécialité précité, les activités autorisées par ces deux législations doivent être entendues strictement.

2 - L'articulation des compétences OFS avec l'art. L. 411-2 du CCH

La rédaction absconse des dispositions figurant au 9° de l'article L. 421-4 et au 44° alinéa de l'art. L. 422-2 du CCH soulève la question de savoir si elles doivent être analysées comme posant des limites au cumul des compétences évoquées *supra*. A ce jour, le juge n'est pas venu en préciser la portée. Il convient alors de s'appuyer sur les travaux préparatoires de la loi ELAN du 23 novembre 2018 pour connaître l'intention du législateur. A cet égard, l'exposé des motifs de l'amendement qui a introduit la possibilité d'agrément OFS dans le CCH apparaît particulièrement éclairant. Il est rédigé dans les termes suivants :

« Le projet de loi a autorisé l'agrément des offices publics de l'habitat, des sociétés anonymes d'habitations à

loyer modéré, des sociétés anonymes coopératives d'habitations à loyer modéré et des sociétés coopératives d'intérêt collectif d'HLM comme organisme de foncier solidaire, à raison de la proximité qui peut être établie entre les activités de bail réel solidaire et les activités classiques d'un organisme HLM.

Cependant les missions de ces organismes étant strictement délimitées par la loi, il convient d'autoriser ces organismes à exercer expressément les activités d'un office foncier solidaire. Tel est l'objet de l'amendement COM-813 de votre rapporteur adopté par votre commission. » (amendement n°567 déposé par Mme Estrosi Sassone, 29 juin 2018, adopté par le Sénat en 1ère lecture).

⇒ Ainsi le législateur a souhaité conférer aux organismes d'HLM toutes les compétences des OFS. Le terme activité doit être ici entendu au sens de titre à agir.

Par la suite, considérant qu'une erreur de plume avait été commise, le législateur est à nouveau intervenu pour corriger la rédaction des articles L. 421-4 et L. 422-2 du CCH. Comme cela a été souligné dans l'avis présenté au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, l'organisme HLM préexiste à son agrément OFS, il n'est donc pas créé. Par ailleurs, les OPH qui sont des établissements publics ne disposent pas de statuts à proprement parler, ce qui ne permettait pas légalement aux OPH d'être agréés OFS². Depuis l'adoption de la loi 3Ds du 21 février 2022, il est ainsi écrit que les OPH et les ESH peuvent « être agréés pour exercer les activités d'OFS définies à l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme, dans les limites du service d'intérêt général défini à l'article L. 411-2 (du CCH) ».

Trois interprétations de ces dispositions sont envisageables, mais seule la troisième respecte l'intention du législateur.

Dans le cadre d'une 1^{ère} interprétation, elles peuvent être comprises comme signifiant que les OPH en vertu de la loi ou les ESH en vertu de leurs statuts – dès lors qu'ils sont agréés OFS – ne peuvent détenir que les compétences OFS pouvant être rattachées au service d'intérêt général défini à l'article L. 411-2, c'est-à-dire aucune si l'on s'en tient à la lettre de cet article. Une telle interprétation aboutit à neutraliser la loi, ce qui méconnaît l'intention du législateur. Elle doit donc à notre sens être écartée.

Dans le cadre d'une 2^e interprétation, elles peuvent être comprises comme signifiant que les OPH en vertu de la loi ou les ESH en vertu de leurs statuts – dès lors qu'ils sont agréés OFS – ne peuvent détenir que les compétences OFS pouvant être rattachées au service d'intérêt général défini à l'article L. 411-2, c'est-à-dire celles pouvant être rattachées soit à l'activité locative SIEG soit à l'activité accession à la propriété SIEG dès lors que l'on interprète de façon souple cet article. Cette 2^e interprétation permet de considérer que les OPH et les ESH agréés OFS détiennent notamment la compétence BRS mais ne permet pas de respecter totalement l'intention du législateur qui a souhaité conférer aux organismes HLM toutes les compétences des OFS.

Dans le cadre d'une 3^e interprétation, ces dispositions peuvent être comprises comme signifiant que les OPH en vertu de la loi ou les ESH en vertu de leurs statuts – dès lors qu'ils sont agréés OFS – peuvent détenir toutes les compétences OFS telles que définies aux articles L. 329-1 et R. 329-1 du code de l'urbanisme et que, en outre, ils détiennent les compétences HLM relevant du service d'intérêt général défini à l'article L. 411-2 du CCH. On peut considérer que le législateur a ainsi voulu rappeler aux OPH et aux ESH agréés OFS qu'ils ne devaient pas abandonner leurs compétences traditionnelles HLM au profit de

² Voir Sénat, rapport pour avis n° 720 présenté au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi 3Ds, *op. cit.*

leurs compétences OFS. C'est cette 3^e interprétation qui doit à notre sens être privilégiée dès lors qu'elle seule permet de respecter l'intention du législateur qui a souhaité conférer aux organismes d'HLM toutes les compétences des OFS et qui permet également de préserver l'originalité des « logement en accession en BRS » que les juristes peinent à rattacher pleinement soit à la location soit à l'accession à la propriété.

- ⇒ Si l'on retient l'interprétation 3, les OPH agréés OFS détiennent toutes les compétences conférées aux OFS en vertu de la loi. Quant aux ESH agréés OFS, elles peuvent choisir les compétences OFS qu'elles souhaitent détenir, sous réserve de faire figurer dans leurs statuts celles qui sont obligatoires en vertu de la loi, ce qui inclut notamment la compétence BRS.
- ⇒ En tout état de cause, si le juge retenait l'interprétation 2, les OPH agréés OFS en vertu de la loi et les ESH agréés OFS en vertu de leurs statuts détiendraient malgré tout la compétence BRS qui est ici au centre de nos réflexions.

B/ L'EXERCICE DE LA COMPETENCE BRS

Si les OPH et les ESH agréés OFS détiennent assurément la compétence BRS, la question se pose de savoir si son exercice doit demeurer accessoire par rapport à celui de leurs compétences traditionnelles (2) dès lors qu'en tant qu'organisme HLM ils doivent impérativement accomplir leur mission essentielle (1).

1 - Le respect de la mission essentielle des organismes d'HLM

Au fil du temps, les organismes HLM se sont vu confier des compétences de plus en plus nombreuses et de plus en plus diversifiées. Cette tendance s'est nettement amplifiée ces dernières années. Pour autant, il ne faut pas perdre de vue que derrière ces compétences se trouve leur « mission essentielle » (cf. deux avis du Conseil d'Etat du 15 juillet 1992 et du 7 juillet 1994 rendus à propos d'établissements publics mais que l'on peut considérer comme s'appliquant à toutes les catégories d'organismes HLM). Cette mission se déduit des textes qui encadrent leurs compétences et des objectifs qui leur ont été fixés par le législateur. En vertu des articles L. 411, L. 411-1 et L. 411-2 du CCH qui fixent un cadre général à l'action de tous les organismes d'HLM, des dispositions spécifiques aux OPH et aux ESH et en tenant compte de l'intention du législateur, on peut considérer que cette mission essentielle consiste à répondre aux besoins en logement des personnes et des familles de ressources modestes ou défavorisées.

C'est d'ailleurs cette idée d'une mission essentielle commune à toutes les catégories d'organismes d'HLM qui sous-tend l'article L. 423-1 du CCH rédigé dans les termes suivants :

« Tout organisme d'habitations à loyer modéré qui gère moins de 1 500 logements, qui n'a pas construit au moins 500 logements pendant une période de dix ans et qui ne contribue pas suffisamment aux missions et objectifs d'intérêt général mentionnés aux articles L. 411 et L. 411-2 peut, après avoir été mis en mesure de présenter ses observations, être dissous et un liquidateur désigné par arrêté du ministre chargé du logement et, lorsqu'il s'agit d'un office public de l'habitat, par arrêté conjoint dudit ministre et du ministre de l'intérieur. ».

Les trois conditions posées à cet article sont cumulatives : tout organisme d'HLM doit gérer au moins 1500 logements, doit avoir construit au moins 500 logements pendant une

période de 10 ans et doit contribuer suffisamment aux missions et objectifs d'intérêt général mentionnés aux articles L. 411 et L. 411-2 du CCH. Si les deux premières conditions reposent sur des éléments objectifs, la troisième est à l'appréciation de l'autorité administrative sous le contrôle du juge.

Si un organisme HLM ne respecte pas ces trois conditions, il s'expose à une mesure de dissolution. Cette disposition apparaît donc particulièrement exigeante et sévère. Certes, à notre connaissance, aucune dissolution n'a jamais été prononcée et une telle possibilité reste à la discrétion des ministres concernés. Toutefois, avec la loi ELAN du 23 novembre 2018, la sévérité du texte a été renforcée marquant la volonté du législateur de rappeler aux organismes HLM l'importance de leur cœur de métier dans un contexte de diversification de leurs activités. Ainsi, l'existence de cette possible sanction doit être prise en compte par les OPH et les ESH dans l'exercice de leur compétence BRS.

2 - Une compétence accessoire ?

Aux termes du 3^e alinéa de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme : « *Peuvent être agréés à exercer l'activité d'organisme de foncier solidaire, à titre principal ou accessoire, les organismes sans but lucratif et les organismes mentionnés aux articles L. 411-2 et L. 481-1 du même code.* » A ce titre, les OPH et les ESH peuvent exercer leur activité BRS à titre principal ou accessoire selon l'accord qui leur a été accordé.

Mais cette disposition doit être articulée avec les exigences que nous venons d'exposer. A cet égard, on peut relever que l'article L. 423-1 du CCH ne se réfère pas explicitement à la production de logements en BRS et qu'il n'y a pas de jurisprudence établie nous éclairant sur cette articulation. Dans le silence du texte et de la jurisprudence, deux interprétations nous semblent envisageables.

Une première interprétation – fondée sur la lettre du texte – implique de considérer que les trois conditions précitées doivent être satisfaites sans qu'il ne soit tenu compte des logements produits en BRS dès lors que cette catégorie de logement n'apparaît explicitement ni à l'article L. 411-2, ni dans les articles du CCH relatifs aux compétences des OPH et des ESH. Cette 1^{ère} interprétation conduit à considérer que l'exercice de la compétence BRS par un OPH ou une ESH ne peut pas se faire au détriment de leur cœur de métier tel que défini à l'article L. 423-1 du CCH et que donc elle doit demeurer accessoire par rapport à l'exercice de leurs compétences HLM traditionnelles en matière de location ou d'accession sociale à la propriété.

Une deuxième interprétation téléologique revient à considérer que l'activité de production de logements en BRS par un OPH ou une ESH agréés OFS peut être rattachée selon les cas soit à l'activité de gestion, soit à l'activité de construction visée à l'article L. 423-1 et contribue aux missions et objectifs d'intérêt général mentionnés aux articles L. 411 et L. 411-2 du CCH. Cette seconde interprétation est envisageable dès lors que la mission confiée aux OFS par le législateur est en partie similaire à celle confiée aux organismes HLM : les OFS doivent en effet favoriser le production de logement abordable pour des ménages modestes. Cette interprétation est confortée par le fait que les logements faisant l'objet d'un BRS sont désormais assimilés aux logements sociaux de l'art 55 SRU (cf. IV de l'art. L. 302-5 du CCH). C'est pourquoi elle doit être à notre sens retenue.

⇒ Si l'on admet que la production de logements en BRS peut être analysée comme partie intégrante de la mission essentielle des organismes HLM, alors les OPH et les ESH agréés OFS peuvent l'exercer sans qu'elle soit nécessairement accessoire par rapport à l'exercice

de leurs compétences HLM traditionnelles. Sous réserve de ne pas abandonner totalement leurs compétences HLM traditionnelles.

⇒ A cet égard, les ESH disposent d'une marge de manœuvre dans la rédaction de leurs statuts. Ce n'est que si cela est souhaité qu'elles peuvent prévoir explicitement que la compétence BRS doit être exercée de façon accessoire.

Après avoir présenté l'extension des compétences des OPH et des ESH agréés OFS, il convient de déterminer quels sont les moyens à leur disposition pour produire des logements via la conclusion de BRS.

II/ LES MOYENS A LA DISPOSITION DES OPH ET DES ESH AGREES OFS POUR PRODUIRE DES LOGEMENTS EN BRS

Pour déterminer si les OPH et les ESH agréés OFS peuvent acquérir des immeubles en VEFA en vue de conclure des BRS, il importe de distinguer les notions de moyen et de compétence (A), puis de relever l'absence d'encadrement du recours à la VEFA par les OFS (B) avant de voir dans quelle mesure ce moyen peut être utilisé par les OPH et les ESH agréés pour exercer leur compétence BRS (C).

A/ LA DISTINCTION ENTRE COMPETENCE ET MOYEN

La rédaction du CCH et du code de l'urbanisme peut prêter à confusion pour identifier les compétences et les moyens dont disposent les OPH et les ESH agréés OFS (1). Pour autant, c'est bien la qualification de moyen qui doit être retenue pour caractériser juridiquement une vente en l'état futur d'achèvement (2).

1 - La confusion opérée dans les textes

Les compétences sont les titres juridiques dont disposent les OPH et les ESH agréés OFS pour agir – en vertu de leurs statuts – pour les ESH et – en vertu de la loi – pour les OPH (sur la notion de compétence, voir *Lexique des termes juridiques*, 2021, Dalloz). Ces compétences ne doivent pas être confondues avec les moyens utilisés pour les mettre en oeuvre. Les moyens sont au service des compétences et permettent de les concrétiser. Ainsi un moyen peut-il être réservé par la loi à une compétence en particulier ou bien à l'inverse interdit.

Si ces deux notions diffèrent fondamentalement, la lecture du droit positif ne permet pas toujours de les repérer aisément. Ainsi tant les articles L. 421-4 et L. 422-2 du CCH que l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme mêlent allègrement les compétences et les moyens des OPH et des ESH, d'une part, et des organismes agréés OFS, d'autre part. C'est alors à la doctrine qu'il revient de les distinguer.

2 - La qualification de la VEFA en tant que moyen

Dans ces dispositions attribuant aux OPH, aux ESH et aux OFS leurs compétences – notamment en matière de production de logement –, différents verbes apparaissent renvoyant aux moyens susceptibles d'être utilisés pour les exercer. Ainsi en est-il des verbes

« construire », « acquérir », acquérir et améliorer » et « réaliser » qui sont des moyens dont disposent les organismes HLM et les OFS pour produire des logements.

Si le CCH et le code de l'urbanisme se réfèrent, à travers les verbes précités, aux moyens des OPH, des ESH et des OFS pour exercer leurs compétences en matière de production de logement, en revanche ils ne mentionnent pas explicitement la VEFA, pas davantage d'ailleurs que la maîtrise d'ouvrage.

Ce silence n'a toutefois qu'une portée limitée. En effet, notamment à l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme, la référence à une acquisition d'immeuble sans que ne soit fait mention de travaux ou d'amélioration doit être analysée comme autorisant un OPH, une ESH agréés ou un OFS à recourir à la VEFA en vue de conclure des BRS. Quant à la référence à la réalisation de logements – toujours à ce même article –, le cas échéant par des travaux de réhabilitation ou de rénovation, elle doit également être analysée comme autorisant la VEFA puisque dans le cadre du BRS opérateur c'est l'opérateur qui peut avoir la maîtrise d'ouvrage.

⇒ A noter qu'à la différence des compétences, les moyens des OPH et des ESH agréés OFS ne sont pas soumis au principe de spécialité. Ainsi tout moyen qui n'est pas interdit par la loi ou par un décret doit être considéré comme autorisé.

B/ L'ABSENCE D'ENCADREMENT DU RECOURS A LA VEFA PAR LES OFS

En l'état du droit, le code de l'urbanisme doit être interprété comme autorisant les OFS à recourir à la VEFA (2) dans les conditions de droit commun prévues aux articles L. 261-2 et s. du CCH (1).

1 - Le droit commun de la VEFA

1-1 La loi du 3 janvier 1967

C'est la loi n°67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction codifiée dans le code civil et dans le CCH qui définit et fixe le régime de droit commun de la VEFA. Aux termes de l'article L. 261-1 du CCH : « *Ainsi qu'il est dit à l'article 1601-1 du code civil : " La vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat.*

Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement. "

La VEFA est un contrat de droit privé par lequel l'acheteur acquiert un bien immobilier à construire ou en cours de construction. Le vendeur s'engage à lui livrer le bien dès que les travaux de construction sont achevés. Cet acte doit être réalisé et signé chez un notaire. Il doit obligatoirement mentionner certaines informations. Le régime de ce contrat de vente figure aux articles L. 261-2 et s. du CCH.

1-2 La possibilité pour les personnes publiques d'acheter des immeubles en VEFA

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1967, tant les personnes morales de droit privé que celles de droit public peuvent acquérir des immeubles en VEFA dans les limites de leurs statuts. Comme l'a relevé le Conseil d'Etat dans son arrêt *Région Midi-Pyrénées contre Syndicat de l'architecture de la Haute-Garonne* du 8 février 1991 : « 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 1601-3 du code civil » (sous réserve de respecter le code de la commande publique, voir *infra*).

Ainsi, sur le fondement de cette loi, tant les OPH que les ESH peuvent acheter des immeubles en VEFA, à condition toutefois de respecter la loi spéciale VEFA qui leur est applicable. La loi d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991 a d'ailleurs pris acte de cette possibilité en excluant explicitement du champ d'application de la loi MOP du 12 juillet 1985 « *les ouvrages de bâtiment acquis par les organismes HLM par un contrat de VEFA* », loi dont les dispositions sont désormais intégrées au code de la commande publique.

2 – L'absence de limitation du recours à la VEFA dans le code de l'urbanisme

2-1 L'article L. 329-1 du code de l'urbanisme

En ce qui concerne les OFS, c'est vers le code de l'urbanisme qu'il faut se tourner pour savoir quels sont les moyens autorisés pour produire du logement abordable. Pour ce qui nous intéresse, il convient de souligner que la rédaction de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme a évolué à la suite à l'adoption de la loi 3Ds.

Dans sa version d'origine, le 1^{er} alinéa de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme était rédigé dans les termes suivants :

« Les organismes de foncier solidaire ont pour objet, pour tout ou partie de leur activité, d'acquérir et de gérer des terrains, bâtis ou non, en vue de réaliser des logements et des équipements collectifs conformément aux objectifs de l'article L. 301-1 du code de la construction et de l'habitation (...)

Depuis la loi 3Ds, les 1^{er} et 3^e alinéas de l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme sont rédigés dans les termes suivants :

« Les organismes de foncier solidaire ont pour objet principal, représentant tout ou partie de leur activité, de gérer des terrains ou des biens immobiliers dont ils sont propriétaires, le cas échéant après avoir procédé à leur acquisition, en vue de réaliser, y compris par des travaux de réhabilitation ou de rénovation, des logements destinés à des personnes aux ressources modestes, sous conditions de plafond, et des équipements collectifs conformément aux objectifs de l'article L. 301-1 du code de la construction et de l'habitation (...)

L'organisme de foncier solidaire reste propriétaire des terrains et consent au preneur, dans le cadre d'un bail de longue durée, s'il y a lieu avec obligation de construire ou de réhabiliter, rénover ou gérer des constructions existantes, des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété des logements, à usage d'habitation principale ou à usage mixte professionnel et d'habitation principale, ou des locaux à usage commercial ou professionnel, sous des conditions de prix de cession et, le cas échéant, de plafonds de ressources et de loyers (...) ».

Ces alinéas n'ont pas encore bénéficié de l'éclairage du juge. Or, comme cela a été relevé par la doctrine et les praticiens, leur rédaction maladroite soulève des incertitudes qui n'ont pas été levées par la loi 3Ds. Celle-ci a même ajouté à la confusion en insérant au 1^{er} alinéa les termes « *biens immobiliers* » et « *y compris par des travaux de réhabilitation ou de rénovation* ». Dans un tel cas, c'est l'intention du législateur et l'économie général du dispositif qui doivent guider l'analyse.

Ainsi partageons-nous l'avis de X. Lièvre et F. Caumes qui soulignent l'emploi malheureux du terme « *terrain* » et qui considèrent que le BRS grève d'un droit réel immobilier la

propriété appartenant à l'OFS, qui peut être n'importe quel immeuble, terrain, volume ou lot de copropriété (X. Lièvre et F. Caumes, « Bail réel solidaire : clarification de la nature du droit créé et quelques autres précisions », *JCP-Notariale et immobilière*, déc. 2020). Les organismes agréés OFS peuvent acheter des « immeubles » au sens du code civil et pas uniquement des « terrains », terme au demeurant non juridique.

La référence aux termes « biens immobiliers » apparaît donc superfétatoire tout comme la référence à des possibles « travaux de réhabilitation ou de rénovation ». Le « y compris » doit être entendu comme offrant la possibilité aux OFS de recourir à ces moyens sans que cela soit une obligation.

2-2 La VEFA autorisée

Dans sa version d'origine, l'article L. 329-1 du code de l'urbanisme autorisait explicitement les OFS à « acquérir » des terrains, bâtis ou non, en vue de réaliser du logement abordable sans imposer que ces acquisitions soient accompagnées de travaux à leur charge.

Les modifications apportées par la loi 3Ds s'inscrivent dans cet esprit libéral. Il s'agit simplement de préciser pour ceux qui en doutaient que les OFS peuvent acheter des immeubles existants pour les réhabiliter ou les rénover ce qui était déjà possible.

⇒ Ceci établit, il convient de souligner qu'à la différence des compétences, les moyens ne sont pas soumis au principe de spécialité. Ainsi, tout moyen qui n'est pas interdit doit être considéré comme autorisé. Le législateur n'ayant pas interdit aux OFS de recourir à la VEFA, ils sont donc libres d'employer ce moyen.

C/ L'ENCADREMENT DU RECOURS A LA VEFA PAR LES OPH ET LES ESH

En vertu du principe *lex specialis derogat generali*, les organismes HLM sont soumis aux dispositions relatives à la VEFA contenues dans le Code civil, auquel renvoie le CCH, sous réserve des dispositions de la loi spéciale qui leur est applicable dans l'exercice de leurs compétences HLM et sous réserve du respect du principe de l'indépendance des législations. Cette loi spéciale limite le recours à la VEFA dans l'exercice de leurs compétences HLM (1) mais elle ne s'applique pas dans l'exercice de leurs compétences OFS. En la matière, les OPH et les ESH agréés peuvent recourir à la VEFA (2), à condition de respecter le code de la commande publique (3).

1 - L'encadrement dans l'exercice de leurs compétences HLM

Le recours à la VEFA est encadré au titre de plusieurs dispositions : d'une part au titre des articles L. 421-1 et L. 422-2 du CCH régissant les compétences des organismes HLM (1) et, d'autre part, au titre de l'article L. 433-2 du CCH (2)³.

1.1 Les articles L. 421-1 et L. 422-2 du CCH.

Aux termes de l'article L. 421-1 du CCH, les OPH ont pour objet :

« 1° De réaliser, principalement en vue de leur location, des opérations répondant aux conditions prévues par les articles L. 831-1 et L. 411-1 et de gérer les immeubles faisant l'objet de ces opérations ; (...)

³ A ces dispositions, il faut ajouter celles relatives aux garanties financières figurant aux articles L. 453-3 et R261-24-1 du CCH.

5° De réaliser, rénover ou acquérir et améliorer, en complément de leur activité locative, en vue de leur vente à des personnes physiques à titre de résidences principales, des logements destinés à des personnes de ressources modestes et respectant des prix de vente maxima fixés par l'autorité administrative, (...)

7° De construire, acquérir, réaliser, des travaux gérer les immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation en vue de leur location-accession. (...) ».

Aux termes de l'article L. 422-2, les SA HLM (ESH) ont pour objet :

« De réaliser, dans les conditions fixées par leurs statuts, principalement en vue de leur location, des opérations prévues à l'article L. 411-1. (...) »

De réaliser, rénover ou acquérir et améliorer, en complément de leur activité locative, en vue de leur vente à des personnes physiques à titre de résidences principales....

De construire, acquérir, réaliser des travaux gérer les immeubles à usage d'habitation (...) en vue de leur location-accession. »

Ces dispositions au contenu similaire autorisent les OPH et les ESH à acheter en VEFA des logements destinés à de la location-accession. Dans ce cadre, ils peuvent acheter sans améliorer. Ils peuvent ainsi acquérir un terrain nu en VEFA pour construire un immeuble de logement et *a fortiori* acheter un immeuble construit en VEFA pour le démolir et ensuite le reconstruire ou bien le réhabiliter.

Les OPH et les ESH peuvent également acheter des immeubles en VEFA s'ils les améliorent (ce qui implique des travaux) « en vue [ensuite] de leur vente à des personnes physiques à titre de résidences principales, des logements destinés à des personnes de ressources modestes et respectant des prix de vente maxima fixés par l'autorité administrative ». S'ils poursuivent ce but, ils ne peuvent donc pas acheter un terrain nu en VEFA pour y faire construire un immeuble de logements. Mais, par exemple, ils peuvent acheter en VEFA un immeuble construit pour le démolir et ensuite le reconstruire, ou encore pour le réhabiliter.

1.2 L'article L. 433-2 du CCH

Outre les dispositions précitées, l'article L. 433-2 du CCH vient élargir le recours à la VEFA par les organismes HLM.

Dans un contexte de crise économique et immobilière et parce qu'une circulaire du 12 mars 2001 était venue préciser que les organismes HLM ne pouvaient pas acquérir directement en VEFA plus de 50 % des logements issus d'une même opération immobilière, la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement a favorisé le recours à la VEFA et a ainsi inséré dans le CCH un nouvel article L.433-2 rédigé dans les termes suivants toujours en vigueur :

« Un organisme d'habitations à loyer modéré mentionné à l'article L. 411-2 ou une société d'économie mixte peut, dans le cadre de l'article 1601-3 du code civil ou des articles L. 262-1 à L. 262-11 du présent code, acquérir :

— des immeubles ayant les caractéristiques de logement-foyer mentionné à l'article L. 633-1 ou de résidence hôtelière à vocation sociale mentionnée à l'article L. 631-11 ;

— des ouvrages de bâtiment auprès d'un autre organisme d'habitations à loyer modéré ou d'une autre société d'économie mixte ;

— des logements inclus dans un programme de construction, à la condition que celui-ci ait été établi par un tiers et que les demandes de permis de construire aient déjà été déposées. (...) ».

Le législateur a ainsi précisé la nature des biens immobiliers pouvant être acquis en VEFA. Il a également pris soin de sécuriser le recours à la VEFA par les organismes HLM au regard du droit de la commande publique.

⇒ En vertu du principe de l'indépendance des législations, les dispositions précitées figurant aux articles L. 421-1, L. 422-2 et L.433-2 du CCH ne concernent que la casquette « HLM » des OPH et des ESH agréés OFS. Elles n'intéressent pas la production de logements en BRS au titre de leur casquette « OFS ».

2- L'absence d'encadrement dans l'exercice de leurs compétences OFS

A l'instar de ce qui a été expliqué *supra* à propos des compétences, c'est en raisonnant législation par législation que peuvent être identifiés les moyens à la disposition d'un OPH ou d'une ESH agréés OFS pour les exercer. Il convient à cet égard de souligner que les moyens attachés à leurs compétences OFS relèvent exclusivement du code de l'urbanisme. Or on a vu *supra* que le moyen de la VEFA étant autorisé par le code de l'urbanisme, il peut être utilisé par les OFS pour acheter des immeubles en vue de conclure des BRS pour produire des logements abordables.

⇒ Ainsi, les OPH et les ESH agréés OFS peuvent acquérir des immeubles en VEFA en vue de conclure des BRS pour produire du logement abordable, à condition toutefois de respecter le code de la commande publique.

3- Le respect du code de la commande publique

Les OPH et les ESH lorsqu'ils exercent leurs compétences doivent toujours respecter le code de la commande publique ainsi que le droit de l'Union européenne applicable à la commande publique ; peu importe qu'ils agissent au titre de leur activité HLM ou OFS. L'achat de logements en VEFA par des OPH et des ESH doit ainsi respecter tant la jurisprudence du Conseil d'Etat du 8 février 1991, n°57679, *Région Midi-Pyrénées* que celle de la Cour de justice de l'Union européenne, *Commune de Bari* du 10 juillet 2014, C-213/13.

D'une part, aux termes de l'article L. 1111-1 du code de la commande publique :

« Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent. »

Des logements conçus en fonction des besoins propres des OPH et des ESH ne peuvent pas être achetés en VEFA, sans tomber sous le coup de la qualification de marché public de travaux (Voir en ce sens la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, *Commune de Bari* du 10 juillet 2014, C-213/13, *Revue de l'Union européenne* 2015 p.591 relative à l'influence déterminante sur la conception de l'ouvrage), à moins qu'ils constituent une partie indissociable et accessoire d'un ouvrage dont l'initiative revient à un promoteur privé (E. Fatome et L. Richer, « Contrats à objet immobilier et de travaux : le critère de l'objet principal, critère second », *AJDA* 2015, p.1577).

D'autre part, aux termes de l'article L. 2411-1 du code de la commande publique :

« Les maîtres d'ouvrage sont les responsables principaux de l'ouvrage. Ils ne peuvent déléguer cette fonction d'intérêt général, définie au titre II, sous réserve des dispositions du présent livre relatives au mandat et au

transfert de maîtrise d'ouvrage, des dispositions du livre II relatives aux marchés de partenariat, de l'article L. 121-5 du code de la voirie routière et des articles L. 115-2 et L. 115-3 du même code.

Sont maîtres d'ouvrage les acheteurs suivants :

2° (...) les offices publics de l'habitat mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et leurs groupements ; (...)

4° Les organismes privés d'habitations à loyer modéré, mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, ainsi que les sociétés d'économie mixte, pour les logements à usage locatif aidés par l'Etat et réalisés par ces organismes et sociétés. »

Lorsqu'ils réalisent des logements à usage locatif aidés par l'Etat, tant les OPH que les ESH sont des maîtres d'ouvrages et sont soumis aux dispositions du code de la commande publique relatives à la maîtrise d'ouvrage, sauf à pouvoir bénéficier de la dispense prévue à l'article 1^{er} loi MOP non codifié et rédigé dans les termes suivants :

« Lorsqu'ils sont destinés à s'intégrer à des constructions relevant d'autres régimes juridiques, les ouvrages édifiés par les organismes énumérés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation peuvent être dispensés de tout ou partie de l'application de la présente loi. Cette dispense est accordée par décision du représentant de l'Etat dans le département. »

Pour ce qui nous intéresse ici la question se pose alors de savoir si des logements en BRS peuvent entrer dans la définition de logements à usage locatifs aidés par l'Etat. Ce n'est sans doute pas le cas des logements en accession en BRS. S'agissant des logements locatifs en BRS, la réponse est moins claire, notamment lorsque ceux-ci seront conventionnés au titre de l'Aide Personnalisée au Logement (APL).

Par ailleurs, cette disposition n'empêche pas les OPH ou les ESH agréés OFS d'acheter en VEFA des logements au sein d'un programme immobilier en vue de conclure des BRS. Tout au plus ne peuvent-ils pas acheter en VEFA un logement qui correspondrait à un seul ouvrage, comme par exemple une maison.

Fait à Paris, le 19 avril 2022

Alice Fuchs-Cessot



Norbert Foulquier

