AVOCATS NOV LAW

MONITEUR JURIS CONTRATS PUBLICS

Montages immobiliers complexes et requalification en marché public

Laurent BIDAULT
Avocat Associé

Montages immobiliers complexes et requalification en marché public : les indices passeraient-ils au vert ?

Ce numéro de la revue *Contrats Publics* est consacré aux montages contractuels dits complexes, pour reprendre la dénomination du Professeur Terneyre, aujourd'hui couramment employée.

Les avantages du bail à construction, du bail emphytéotique, de la VEFA, du BEFA ou encore de la cession avec charges, issus du droit privé, ne sont plus à démontrer pour les personnes publiques.

Notamment, le portage de l'opération et sa maîtrise d'ouvrage ne sont pas assumés par la personne publique ou le financement (du moins immédiat) de l'opération est généralement assuré par le cocontractant.

Autre avantage – et non des moindres – l'absence d'application à ces montages des règles de la commande publique, en particulier celles en matière de publicité et de mise en concurrence préalables.

Concrètement, la personne publique bénéficie d'un ouvrage, qu'elle achète ou qu'elle loue, sans supporter les contraintes inhérentes à ces règles.

Le revers d'un tel avantage est justement que la personne publique ne doit pas recourir à un tel montage pour s'exonérer à ces règles, l'opération entreprise dissimulant en réalité une commande publique.

Le risque de requalification – principalement en marché public de travaux – qui pèse sur ces montages contractuels, n'est donc jamais très loin, comme cela ressort d'ailleurs des articles de ce numéro.

La personne publique doit ainsi veiller à rester sur cette ligne de crête entre contrat immobilier et contrat de la commande publique.

La ligne entre ces montages et le marché public de travaux (pour n'évoquer que celui-ci) a été tracée depuis plusieurs années, tant par les juges européens que nationaux, établissant les indices permettant de (re)qualifier le contrat.

Schématiquement, et sans s'attarder à ce stade sur les spécificités propres à chaque montage, un tel montage immobilier peut être qualifié de marché public de travaux dès lors, notamment, que son objet principal est la réalisation d'un ouvrage et que la personne publique exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. En d'autres termes, l'ouvrage répondrait à un besoin de la personne publique.

Un équilibre est donc à trouver pour la personne publique entre disposer d'un bien qui présente un intérêt pour elle et l'influence – déterminante ou non – qu'elle pourrait exercer sur sa conception et sa construction.

Un récent de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 avril 2021, largement commenté par la suite, est riche de précisions quant aux indices permettant de caractériser l'influence déterminante de la personne publique sur un ouvrage à louer dans le cadre d'un BEFA, mais dont les principes sont transposables aux autres montages évoqués.

Deux éléments peuvent être d'ores et déjà mis en avant :
– d'une part, si l'antériorité du projet par rapport à l'intervention de la personne publique constitue un indice de l'influence que cette dernière pourrait exercer sur l'ouvrage ou d'une commande, la circonstance que le permis de construire n'ait pas été déposé – et donc que le projet ne soit pas totalement arrêté – à la date de conclusion du contrat est sans influence, mais constitue une pratique commerciale courante dans ce type de montage ;
– d'autre part, et surtout, l'influence déterminante de la personne publique sur l'ouvrage doit s'apprécier au regard de la structure architecturale de celui-ci – c'est-à-dire sa dimension, ses aspects extérieurs, ses fondations. À l'inverse, les demandes relatives à des aménagements intérieurs ne caractérisent pas *a priori* une telle influence, dès lors qu'elles s'avèrent être des exigences habituelles d'un locataire. Il en va de même du contrôle habituel exercé par le locataire sur la réalisation des travaux.

Il est donc louable que les spécificités propres à ces montages soient appréciées de façon pragmatique, celles-ci constituant non plus des indices tendant vers la qualification de marché public de travaux, mais à l'inverse des indices permettant d'identifier le montage immobilier en présence au détriment du marché.

Il est probable que la précision des indices de cette ligne de crête incitera encore davantage les personnes publiques à recourir à ce type de montages.

Laurent Bidault
Avocat Associé
Novlaw Avocats

Retrouvez les textes cités sur moniteurjuris.fr/contratspublics/

AARPI NOVLAW Avocats
Barreaux
de Paris et Lyon
-
01.44.01.46.36
www.novlaw.fr
contact@novlaw.fr