
LA NOTION DE MARCHÉ PUBLIC DE TRAVAUX SUIVANT LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

GAUTHIER ERVYN



RÉSUMÉ

La notion de marché public de travaux est régie par les directives européennes [2004/18/CE](#) et [2004/17/CE](#) du 31 mars 2004, transposées en droit belge.

La multiplicité des opérations réalisées par les pouvoirs publics, ou à leur initiative, démontre que la notion de marché public de travaux est peu évidente à circonscrire. La définition précise du champ matériel d'application des directives européennes s'avère donc essentielle.

La présente contribution analyse l'interprétation de la notion de marché public de travaux par la Cour de justice de l'Union européenne, durant ces dix dernières années. Vu l'importance de la matière, seule la jurisprudence, spécifiquement rendue par la Cour en matière de marchés de travaux, est ici répertoriée. De plus, dès lors que le droit européen des marchés publics prime celui des Etats-membres, cette revue de jurisprudence n'aborde pas, eu égard aux contingences de l'article, les décisions des juridictions nationales, dont le Conseil d'Etat.

Après une brève introduction (Section I), l'auteur expose la définition légale de marchés publics de travaux (Section II). Il examine, ensuite, la jurisprudence de la Cour européenne rendue depuis 2000 sur le sujet (Section III) et propose quelques observations finales, en guise de conclusion (Section IV).

SAMENVATTING

Het begrip overheidsopdracht van werken wordt bepaald door de Europese richtlijnen [2004/18/EG](#) en [2004/17/EG](#) van 31 maart 2004, omgezet in Belgisch recht.

De veelheid aan operaties verricht door de overheden of op hun initiatief toont aan dat het begrip overheidsopdracht van werken niet eenvoudig te omschrijven is.

Een juiste definitie van het materieel toepassingsgebied van de Europese richtlijnen is dan ook van essentieel belang.

In deze bijdrage wordt dan ook de interpretatie van het begrip overheidsopdracht van werken door het Hof van Justitie van de Europese Unie geanalyseerd op basis van diens rechtspraak van de afgelopen tien jaar. Gelet op het belang van de materie, wordt enkel de rechtspraak van het Hof welke specifiek betrekking heeft op de overheidsopdrachten van werken hier weergegeven. Daar bovendien het Europees recht inzake overheidsopdrachten primeert op dat van de lidstaten, wordt in deze bijdrage niet ingegaan op de beslissingen van de nationale rechtsinstanties, zoals de Raad van State, en dit om redenen die verband houden met de eigenheid van het artikel.

Na een korte inleiding (Sectie I), behandelt de auteur de wettelijke definitie van de overheidsopdrachten van werken (Sectie II). Verder onderzoekt hij de rechtspraak van het Hof van Justitie over dit onderwerp sinds het jaar 2000 (Sectie III) en, bij wege van besluit, formuleert hij enkele opmerkingen (Sectie IV).

TABLE DES MATIERES

I.	Quelques préliminaires.....	277
II.	La définition légale de marché public de travaux.....	279
III.	La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne.....	281
A.	Comment interpréter la notion?.....	281
B.	Importance respective des critères constitutifs.....	284
C.	La présence d'un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs.....	284
D.	L'exécution de travaux ou d'un ouvrage.....	286
1°	<i>Les contrats mixtes</i>	287
2°	<i>La notion d'ouvrage</i>	288
3°	<i>Le lien entre le pouvoir adjudicateur et les travaux ou l'ouvrage</i>	289
E.	L'existence d'un contrat.....	291
F.	Un contrat à titre onéreux.....	291
1°	<i>Nature synallagmatique des marchés</i>	291
2°	<i>La contrepartie n'est pas le droit d'exploiter l'ouvrage</i>	295
3°	<i>L'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur</i>	296
G.	Un contrat conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques.....	297
H.	Un contrat conclu par écrit.....	299
IV.	Considérations finales.....	299



I. Quelques préliminaires

1. Le droit européen est fondé sur les principes de liberté et de concurrence. La matière des marchés publics en est une illustration.

«La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence.»²²²

Si ces principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence, dégagés du Traité sur l'Union européenne, s'appliquent à toute action d'intérêt européen des pouvoirs publics, le législateur européen a estimé qu'il était opportun, pour certaines catégories de contrats publics, de définir, par voie de directives, les procédures de sélection des opérateurs économiques à qui confier l'exécution

222 Directive 2004/18/CE, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, considérant n°2.

de ces contrats. L'objectif principal est de « *garantir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres* »²²³ ou, plus simplement, « *de garantir l'absence de risque de favoritisme de la part des pouvoirs publics* ».²²⁴

2. C'est dans cet esprit qu'ont été adoptées le 31 mars 2004²²⁵, la directive européenne 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et la directive européenne 2004/17/CE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Ces directives imposent aux pouvoirs adjudicateurs des procédures détaillées de mise en concurrence de leurs cocontractants. La définition du champ d'application de ces directives est importante puisqu'elle conditionne le respect de ces procédures spécifiques.

3. Les directives européennes ne s'appliquent qu'aux marchés dont la valeur dépasse certains seuils. En matière de travaux, y sont actuellement soumis tous les marchés dont l'enjeu est supérieur à 4.845.000 euros HTVA.

Les marchés de valeur inférieure ne sont toutefois pas nécessairement exclus du champ d'application du droit communautaire. Les pouvoirs adjudicateurs restent tenus de respecter les règles fondamentales du Traité, dont le principe de non-discrimination²²⁶, pour les marchés qui présentent un intérêt frontalier certain.²²⁷ « *Un marché de travaux pourrait, par exemple, présenter un tel intérêt transfrontalier à cause de sa valeur estimée, en liaison avec sa technicité ou une localisation des travaux à un endroit qui serait propice à attirer l'intérêt d'opérateurs étrangers* ».²²⁸

4. Le législateur belge a, dès 1976²²⁹, réglementé la matière des marchés publics. Actuellement, la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, est d'application.

223 CJUE 11 janvier 2005, C-26/03, Stadt Halle, n°44; CJUE 12 décembre 2002, C-470/99, Universale-Bau, n°51-52.

224 CJUE 16 décembre 2008, Michaniki / Ethniko, C-213/07, n°53-54.

225 A la suite des précédentes directives 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, 92/50/CEE du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications

226 Suivant la Cour (CJUE 21 février 2008, C-412/04, Commission / Italie, n°106), le droit européen ne vise pas à protéger les entreprises contre la « discrimination » mais bien contre « la discrimination en raison de leur nationalité ».

227 CJUE 21 février 2008, C-412/04, Commission / Italie, n°65-66. Cfr. également Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics», publiée au JOUE, C 179/02, 1^{er} août 2006.

228 CJUE 15 mai 2008, C-147/06 et C-148/06, Secap / Comune di Torino, n° 20-21 et 26 et les références citées.

229 Avant la loi du 14 juillet 1976, quelques textes législatifs et réglementaires régissaient déjà la matière, mais avec une portée limitée.

5. Ce 25 mars 2010, la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu un arrêt « Müller »²³⁰ particulièrement intéressant. Il apporte divers éclaircissements sur la notion de « marché public de travaux ».

La multiplicité des contrats de travaux passés par les pouvoirs publics ou en lien avec les pouvoirs publics démontre que cette notion est, en pratique, manifestement peu évidente à circonscrire.

Il apparaît donc utile de faire le point sur cet aspect particulier du champ d'application matériel des directives « marchés publics » et de retracer la jurisprudence de la Cour de Justice rendue ces dix dernières années en la matière.

II. La définition légale de marché public de travaux

6. La notion de « marché public de travaux » est définie par la directive européenne 2004/18/CE du 31 mars 2004²³¹, comme suit :

« Les « marchés publics de travaux » sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Un « ouvrage » est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. »

La définition consacrée par l'article 5 de la loi belge du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est conforme²³² à celle de la directive.²³³

Eu égard à la définition de marchés publics²³⁴, il peut en être conclu qu'un marché public de travaux est, en droit européen, un contrat à titre onéreux et conclu par écrit, entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, ayant pour objet :

- soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de :
 - travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ;
 - ou d'un ouvrage ;
- soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

230 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben.

231 Article 1.2. b). Pour les secteurs spéciaux, cfr. l'article équivalent 1.2.b) de la Directive 2004/17/CE.

232 Sous réserve de l'expression « entrepreneur » utilisée conformément aux directives de 1992-93 et remplacée par la notion d'« opérateur économique » : à cet égard, cfr point 43.

233 Il en est de même de l'article 3.2° de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, non entrée en vigueur à ce jour.

234 Article 1.2.a) de la Directive 2004/18/CE.

7. Il en ressort que six critères fondent l'existence d'un marché public de travaux :

- 1) Un contrat ;
- 2) à titre onéreux ;
- 3) conclu par écrit ;
- 4) Entre un ou plusieurs opérateurs économiques ;
- 5) Et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs²³⁵ ;
- 6) Ayant pour objet l'exécution de travaux.

Ces travaux peuvent, en outre, être de trois natures²³⁶.

Premièrement, il y a marché de travaux lorsque les activités limitativement énumérées à l'annexe I de la Directive sont exécutées²³⁷. Les activités visées dans cette annexe correspondent aux activités de la classe 50 de la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes (NACE), à savoir la préparation de sites (démolitions et terrassements, forages et sondages), la construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil (travaux de construction, réalisation de charpentes et couvertures, constructions de chaussées, travaux maritimes et fluviaux), les travaux d'installation (électricité, isolation, plomberie), les travaux de finition (plâtrerie, menuiserie, revêtement de sols et murs, peinture et vitrerie) et de location de matériel de construction avec opérateur.

Deuxièmement, un marché de travaux peut consister dans l'exécution, éventuellement précédée de la conception, d'un ouvrage qui est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Troisièmement et enfin, un marché de travaux peut consister dans la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

235 En matière de travaux, il faut noter que certains marchés de travaux subventionnés à plus de 50% par les pouvoirs publics sont soumis à la Directive (cfr. article 8), quand bien même sont-ils conclus par des entités privées qui ne sont pas à proprement parler des « pouvoirs adjudicateurs ». Il s'agit des marchés portant sur des travaux visés à l'annexe I de la Directive ou relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ou aux bâtiments à usage administratif.

236 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilien GmbH, n°34.

237 Avec conception conjointe ou non. A cet égard, le 9^{ème} considérant de la Directive prescrit que « Vu la diversité que présentent les marchés publics de travaux, il convient que les pouvoirs adjudicateurs puissent prévoir tant la passation séparée que la passation conjointe de marchés pour l'exécution et la conception des travaux. La présente directive ne vise pas à prescrire une passation séparée ou conjointe. La décision relative à une passation séparée ou conjointe du marché doit se fonder sur des critères qualitatifs et économiques qui peuvent être définis par les législations nationales. »

Suivant l'avocat-général MENGOZZI²³⁸, les deuxième et troisième éléments de la définition se confondent et la notion de marché de travaux serait, en réalité, bipartite :

- Soit il s'agit d'activités de construction, à savoir l'accomplissement de travaux spécifiques visés dans l'annexe I, indépendamment du fait que le résultat des travaux constitue un bien d'une nature définie et/ou achevée ;
- Soit il s'agit d'activités de réalisation d'ouvrage, c'est-à-dire d'un bien spécifique achevé ou, autrement dit, d'un bien spécifique remplissant une fonction économique ou technique.

8. Notons en outre que d'après la directive 2004/18/CE²³⁹, l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ne constituent pas des marchés de travaux publics.

De même, la vente à une entreprise, par une autorité publique, d'un terrain nu ou construit n'est pas un marché public de travaux dans la mesure où, d'une part, l'autorité publique assume la position de vendeur (et non d'acquéreur comme dans le cadre d'un marché public) et, d'autre part, un tel marché n'a pas pour objet l'exécution de travaux.²⁴⁰

9. Enfin, les concessions de travaux ne sont pas à confondre avec les marchés de travaux²⁴¹. Ces concessions présentent les mêmes caractéristiques que les marchés publics de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

III. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne

10. Avant d'entamer cette chronique de jurisprudence, il est utile de préciser que nombre d'arrêts commentés furent rendus sur pied de la Directive 93/37/CE, qui a précédé la directive actuellement en vigueur. La notion de marché public, telle que reprise dans cette directive, est toutefois similaire à celle applicable aujourd'hui²⁴².

A. Comment interpréter la notion ?

11. La Cour de Justice enseigne que, dans la mesure où la définition légale européenne de marché de travaux ne renvoie pas à la législation nationale des

238 Av. gén. MENGOZZI, conclusions du 17 novembre 2009, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben n°28-29.

239 Article 16.

240 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben n°41 et article 16 de la Directive 2004/18/CE.

241 Directive 2004/18/CE, article 1.3.

242 Sous réserve d'une évolution en ce qui concerne la désignation des parties au contrat : cfr. points 17 et 43.

Etats membres, la qualification juridique d'une opération en droit national n'est pas pertinente pour juger si ce contrat dépend du champ d'application de la directive.²⁴³

L'interprétation de la notion de marché public de travaux relève donc du droit de l'Union.

12. Dans l'arrêt dit « La Scala », prononcé le 12 juillet 2001²⁴⁴, la Cour prescrit par ailleurs que la notion de « marché public de travaux » doit être interprétée de manière à assurer l'effet utile de la directive.

D'après la Cour, il ressort du préambule de la directive 93/37/CE que l'effet utile de celle-ci est d' « éliminer les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services en matière de marchés publics de travaux en vue d'ouvrir ces marchés à une concurrence effective. Le développement de cette concurrence nécessite, ainsi qu'il est précisé au dixième considérant, une publicité communautaire des avis de marchés y afférents. »²⁴⁵

La Cour précise encore que l'objectif de la directive « est de garantir que des entreprises d'autres États membres seront en mesure de soumissionner des marchés ou des ensembles de marchés susceptibles de présenter un intérêt pour des raisons objectives tenant à leur valeur. »²⁴⁶

Outre cet objectif, la Cour relève que l'ouverture à la concurrence la plus large possible est également à envisager dans « l'intérêt propre des pouvoirs adjudicateurs, en raison du fait qu'ils ne sont pas en mesure d'apprécier les offres qui leur sont soumises dans des conditions de concurrence effective et donc d'attribuer le marché en application des critères, établis également dans l'intérêt public, du prix le plus bas ou de l'offre économiquement la plus avantageuse. »²⁴⁷

C'est donc à la lumière de ces objectifs que la notion de marché public de travaux doit être interprétée.

La Cour préconise donc une interprétation fonctionnelle de la directive.

13. L'avocat-général MENGGOZZI²⁴⁸ relativise, pour sa part, le fait que la directive 2004/18/CE et, en particulier, la notion de marché public de travaux, doivent être soumis à interprétation fonctionnelle.

243 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°40; CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°54.

244 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano.

245 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°52.

246 CJUE 5 octobre 2000, C-16/98, Commission / France, n°44. Suivant l'avocat-général JACOBS, la finalité des directives « est principalement de garantir aux entreprises de toute la Communauté la possibilité de pouvoir entrer en concurrence pour des marchés dont la valeur dépasse un certain seuil prédéterminé, au-delà duquel il est susceptible d'être rentable de le faire. » (Av. gén. JACOBS, Conclusions du 24 février 2000, C-16/98, Commission / France, n°57)

247 CJUE 15 mai 2008, C-147/06 et C-148/06, Secap / Comune di Torino, n°29 et CJUE 23 décembre 2009, C-305/08, CoNISMA / Regione Marche, n°37.

248 Av. gén. MENGGOZZI, conclusions du 17 novembre 2009, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°34-39.

Il précise ainsi que :

*« 35. L'objet large et ambitieux de la directive, s'il convient d'en tenir compte dans l'interprétation de celle-ci, ne doit cependant pas faire croire que, en se fondant sur le but de ce texte, son champ d'application puisse être étendu sans limites. En particulier, on observera que certains secteurs spécifiques dans lesquels la directive ne s'applique pas sont d'ores et déjà indiqués dans le texte de la directive: nous renvoyons, notamment, aux articles 10 à 16. Par conséquent, **une interprétation exclusivement «fonctionnelle» de la directive, menée uniquement à la lumière des objectifs de base fixés par celle-ci, n'est pas admissible.***

(...)

38. Certes, comme on le sait, dans certains domaines, la jurisprudence de la Cour a suivi une interprétation expressément «fonctionnelle» des dispositions du droit communautaire. Tel a été notamment le cas, dans le cadre du droit des marchés publics, en ce qui concerne les notions de «pouvoir adjudicateur» et d'«organisme de droit public». À cet égard, force est cependant de relever tout d'abord que, à ces occasions, l'interprétation fonctionnelle a été utilisée en vue de préciser la portée d'une notion spécifique, et non pour définir de manière générale le champ d'application de l'ensemble du corpus réglementaire en matière de marchés publics. En outre, dans les cas cités, le recours à l'interprétation fonctionnelle a eu essentiellement pour but de prévenir la formation de lacunes considérables qui auraient ouvert de vastes possibilités d'abus (...).

39. Il nous semble dès lors clair que, au contraire, le champ d'application de la directive doit être déterminé par référence, en premier lieu, aux conditions objectives qui sont définies par la directive elle-même. Naturellement, cela ne signifie pas que l'interprète doive éviter toute considération d'ordre «fonctionnel». En réalité, les objectifs poursuivis par la directive forment, à l'évidence, l'un des principaux repères aux fins de l'interprétation: ils ne sauraient cependant constituer le seul critère de référence ni contourner la volonté du législateur de définir le champ d'application de la norme.»

14. Enfin et assez logiquement, « la qualification d'un contrat donnée par les parties contractantes n'est pas non plus déterminante »²⁴⁹ pour apprécier la notion de marché public de travaux. C'est à la teneur concrète du contrat qu'il faut se référer pour le qualifier.²⁵⁰

De même, le contexte réglementaire dans lequel s'inscrit l'opération litigieuse n'a pas d'influence déterminante sur sa qualification. Ainsi, la nature urbanistique d'une réglementation qui fonde l'accord noué entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique ne suffit pas à exclure l'application des directives « marchés publics ».²⁵¹

249 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°54 et 55.

250 Av. gén. TRSTENJAK, conclusions du 4 juin 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°88 et les références citées.

251 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°66; CJUE 21 février 2008, C-412/04, Commission / Italie, n°70.

B. Importance respective des critères constitutifs

15. L'arrêt La Scala²⁵² confirme que, comme relevé ci-avant²⁵³, six critères sont nécessaires pour qualifier une opération de « marché public de travaux ».

La Cour constate toutefois que, parmi ces six critères, deux sont expressément définis dans la directive, à savoir les notions de « pouvoir adjudicateur », d'une part, et de « travaux/ouvrage », d'autre part.

Elle en déduit donc que ces deux critères sont prépondérants pour apprécier si l'on se trouve en présence d'un marché de travaux au sens de la directive. *« Cela signifie que, dans les situations dans lesquelles sont en cause l'exécution ou la conception et l'exécution de travaux ou la réalisation d'un ouvrage destinés à un pouvoir adjudicateur, au sens de la directive, l'appréciation de ces situations au regard des autres éléments mentionnés à l'article 1^{er}, sous a), de la directive doit être effectuée de façon à assurer que l'effet utile de la directive n'est pas compromis, notamment lorsque ces situations présentent des particularités qui découlent des dispositions du droit national qui leur sont applicables. »*²⁵⁴

Par conséquent, pour apprécier l'existence ou non d'un « marché de travaux », il convient d'abord de vérifier si l'opération est relative à des travaux/ouvrage et si elle implique un pouvoir adjudicateur.²⁵⁵ Dans l'affirmative, ces éléments devront avoir un poids prépondérant dans l'examen.

16. Dans un arrêt plus récent²⁵⁶, la Cour a considéré que la notion de « contrat » est également essentielle dans le cadre de la définition du champ d'application de la directive 2004/18/CE, dès lors que le deuxième considérant du préambule de la directive se réfère expressément aux « marchés » conclus pour compte des pouvoirs adjudicateurs.

C. La présence d'un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs

17. Dès lors que ce critère d'analyse est prépondérant aux yeux de la Cour, examinons-le d'emblée.

Bien que cette notion est utilisée au singulier dans la Directive 93/37/CE, il n'est pas contesté qu'un marché de travaux unique peut être lancé par plusieurs pouvoirs adjudicateurs agissant de concert²⁵⁷.

La directive 2004/18/CE a, par l'utilisation du pluriel, entériné cette interprétation.

252 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°51.

253 Cfr. point 7.

254 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°52 à 62.

255 Cfr. également Av. gén. TRSTENJAK, conclusions du 4 juin 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n° 90 à 93.

256 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°46.

257 Av. gén. JACOBS, Conclusions du 24 février 2000, C-16/98, Commission / France, n°47 à 54.

18. La notion de pouvoir adjudicateur²⁵⁸ a notamment été discutée en 2009 dans le cadre d'un recours en manquement d'état contre l'Allemagne.²⁵⁹

La question soumise à la Cour était de savoir si l'interprétation de cette notion devait être fonctionnelle (ou téléologique), c'est-à-dire fondée sur les finalités de l'opération litigieuse par une prise en compte du montage dans sa globalité ou, au contraire, formelle, c'est-à-dire fondée sur les aspects formels des contrats du montage mis en place.

Suivant la jurisprudence antérieure de la Cour²⁶⁰, l'interprétation de la notion de pouvoir adjudicateur ne doit pas se limiter aux qualifications et aux caractéristiques formelles données par les parties intervenantes ou le droit national aux contrats conclus, mais il convient que cette interprétation soit fonctionnelle et se fonde sur l'économie générale de l'opération envisagée.

Le recours à l'interprétation fonctionnelle présente, généralement, l'avantage de pouvoir soumettre le contrat à la directive, alors que tel ne serait pas le cas en adoptant une interprétation formelle.

Dans cette affaire atypique²⁶¹, l'interprétation fonctionnelle de l'opération aurait conduit à une application moins certaine de la directive qu'une interprétation formelle. En effet, l'opération litigieuse était fondée sur deux contrats juxtaposés, à savoir :

- un contrat principal de bail, conclu entre la Ville de Cologne et un promoteur immobilier, obligeant ce dernier à donner un immeuble en jouissance à la Ville ;
- et un contrat accessoire de sous-location de l'immeuble, conclu entre la Ville de Cologne et une société tierce, occupant final.

Dès lors que la finalité du contrat était de mettre l'immeuble à disposition de la société sous-locataire et que la Ville, pouvoir adjudicateur, ne jouait qu'un rôle de garant financier, l'Allemagne estimait, au contraire de la Commission européenne, que sous l'angle d'une appréciation fonctionnelle de l'opération, le véritable cocontractant du promoteur immobilier n'était autre que la société tierce privée et non la Ville de Cologne.

L'Allemagne faisait également remarquer que la société privée avait vendu les terrains au promoteur immobilier en vue d'être construits, que cette société privée était à l'origine de la conception de l'opération, qu'elle jouirait des ouvrages

258 Notre étude ne s'étendra pas à la notion d'« organisme de droit public », tel que défini à l'article 1.9, al.2 (a, b et c) de la Directive 2004/18/CE, lequel dépasse le sujet abordé ici. A cet égard, nous renvoyons à quelques décisions de la Cour rendues sur ce point dans des marchés de travaux : CJUE 1^{er} février 2001, C-237/99, Commission / France ; CJUE 12 décembre 2002, C-470/99, Universale-Bau ; CJUE 15 mai 2003, C-214/00, Commission / Espagne ; CJUE 16 octobre 2003, C-283/00, Commission / Espagne ; CJUE 13 janvier 2005, C-84/03, Commission / Espagne.

259 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°43 à 52.

260 CJUE 1^{er} février 2001, C-237/99, Commission / France, n°43 ; cfr également les arrêts cités par Av. gén. TRSTENJAK, conclusions du 4 juin 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°63 et note 17.

261 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne.

construits, qu'elle en supporterait le prix et qu'une convention d'exécution du contrat de sous-location avait été conclue entre elle et la Ville, donnant mandat à la société privée de représenter la Ville dans le cadre du contrat de bail principal.

La Cour n'a pas été convaincue par ces arguments et a considéré qu'il convenait d'adopter une lecture formelle de l'opération. La Cour a considéré, constatant qu'aucune relation contractuelle directe ne liait le promoteur immobilier à la société tierce privée, que le seul cocontractant du promoteur immobilier était la Ville de Cologne, pouvoir adjudicateur. Seule la Ville de Cologne assumait donc les obligations de locataire des lieux, d'autant plus en cas de défaillance du sous-locataire.

Dans ses conclusions, l'avocat-général préconisait également une lecture formelle de l'opération parce « *qu'il n'existe pas de principe général du droit des marchés publics selon lequel l'élément « pouvoir adjudicateur » devrait être examiné de manière purement fonctionnelle et sans tenir compte du montage contractuel pour attribuer le marché.* »²⁶²

Force est de constater que ce recours à une lecture formelle de l'opération a permis à la Cour, une fois de plus, de pouvoir qualifier le contrat litigieux de « marché public de travaux » et, par conséquent, de garantir son ouverture à la concurrence²⁶³.

19. Enfin, le fait que le pouvoir adjudicateur ne réalise pas lui-même le marché est admis par la Cour.

La Cour a ainsi jugé²⁶⁴ que le pouvoir adjudicateur peut déléguer à un tiers, qui s'impose légalement, un mandat exprès pour mettre en œuvre la procédure de marché public et, ce faisant, respecter ses obligations communautaires. « *Une telle possibilité d'application des règles de publicité de la directive par des personnes autres que le pouvoir adjudicateur est d'ailleurs expressément prévue par l'article 3, paragraphe 4, de celle-ci en cas de concession de travaux publics.* »

D. L'exécution de travaux ou d'un ouvrage

20. Dans un marché public de travaux, l'opérateur économique s'engage à réaliser des travaux ou un ouvrage.

Si l'identification de ce qu'il convient d'entendre par « travaux » ne semble pas poser de difficulté au regard de la jurisprudence de la Cour, trois autres thématiques ont retenu l'attention de la haute juridiction. Il s'agit des contrats mixtes, de la notion d'ouvrage, et du lien entre le pouvoir adjudicateur et les travaux.

262 Av. gén. TRSTENJAK, conclusions du 4 juin 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°63.

263 Av. gén. TRSTENJAK, conclusions du 4 juin 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°64.

264 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°100.

1° Les contrats mixtes

21. Le fait que le contrat implique la prestation de services ou la fourniture de produits, en sus de l'exécution de travaux, ne fait pas échapper cette convention au champ d'application de la directive.²⁶⁵

La qualification d'un contrat qui implique des prestations de natures diverses, dépend de l'objet principal du contrat.²⁶⁶

Ainsi, il y a marché de travaux lorsque les prestations demandées à l'opérateur économique ne consistent pas uniquement en des travaux mais également en des fournitures et des services, dès lors que les prestations de type «travaux» constituent l'objet principal du contrat²⁶⁷. Tel n'est pas le cas, par contre, si les travaux ne revêtent qu'un caractère accessoire.²⁶⁸

22. Outre l'existence de marchés publics mixtes, il peut également y avoir des marchés de travaux qui incluent des prestations accessoires qui, prises isolément, ne ressortent pas du champ d'application des marchés publics.

La Cour a ainsi été saisie d'une affaire²⁶⁹ ayant trait à un contrat de bail d'un terrain avec quatre halls d'exposition. Ce contrat prévoyait la location au pouvoir adjudicateur de quatre immeubles à construire sur un terrain vierge, et ce pour une durée de 30 ans. La Cour a estimé que l'objet principal du contrat n'était pas la location de l'immeuble, dès lors que celui-ci n'était pas encore construit à la date de la signature du contrat, mais bien la construction d'un immeuble répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur. Suivant les mots de l'avocat-général, la conclusion du contrat principal «visait au premier chef à procurer à la ville de Cologne des prestations de travaux, la cession de la jouissance des ouvrages à édifier n'étant en substance qu'un outil destiné à financer cette prestation de travaux»²⁷⁰. L'objet principal du contrat (les travaux) a donc prévalu sur l'objet accessoire de celui-ci (la location), quand bien même la Cour ne contestait pas que cet objet accessoire ne relevait pas champ d'application des directives «marchés publics».

23. Le prix est un critère de vérification du caractère principal ou accessoire des travaux. Suivant la Cour, il ne s'agit toutefois ni d'un critère nécessaire, ni d'un critère suffisant.²⁷¹

265 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°36.

266 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°37.

267 Le marché de promotion de travaux, notion inconnue du droit européen mais instituée en droit belge par l'article 9 de la loi du 24 décembre 1993, en est un exemple. Il inclut, en effet, outre l'exécution de travaux, des services accessoires de financement.

268 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°37.

269 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n° 56-57.

270 Av. gén. TRSTENJAK, conclusions du 4 juin 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n° 115.

271 CJUE 21 février 2008, Commission / Italie, C-412/04, n°45-50 et Av. gén. COLOMER, conclusions du 8 novembre 2006, n°37-39 et 70-76. Pour les marchés mixtes portant à la fois sur des fournitures et sur des services, le critère «prix» est, au contraire, le seul élément à prendre en compte (Av. gén. TRSTENJAK, conclusions du 4 juin 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°105).

Dans l'affaire des halls d'exposition ci-dessus²⁷², alors que le prix payé par le pouvoir adjudicateur pour la location semblait, à première vue, dépasser largement la valeur des ouvrages construits, la Cour a expressément considéré que *« l'élément déterminant aux fins de la qualification d'un marché tel que celui en cause est l'objet principal de celui-ci, et non le montant de la rémunération de l'entrepreneur ou les modalités de règlement de celle-ci. »*²⁷³

2° La notion d'ouvrage

24. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. La Cour rappelle, dans un arrêt du 27 octobre 2005²⁷⁴, qu'il suffit que l'une des deux fonctions susmentionnées soit remplie pour qu'il y ait ouvrage.

25. Ainsi, dans le cas d'une concession de travaux portant sur la réalisation de deux sections d'autoroute par l'opérateur privé, la Cour a estimé²⁷⁵ que le résultat de ces travaux répond à la définition d'ouvrage dans la mesure où :

- L'ensemble des travaux de génie civil concernés a une fonction technique qui consiste à relier diverses zones par autoroute, afin de résoudre des graves problèmes d'encombrements routiers ;
- La fonction économique des travaux réalisés est démontrée par le fait que l'opérateur économique les exploite contre rémunération des usagers.

26. Dans une autre affaire relative à la passation, par les autorités locales d'une même région française, de nombreux marchés publics de travaux d'entretien et d'extension de réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public existants²⁷⁶, la Cour de Justice a estimé que ces deux types de travaux ne constituaient pas ensemble un ouvrage, en ce qu'ils ne partageaient pas des finalités technique et économique identiques. Ainsi, la Cour a jugé que :

- *« Un réseau de distribution d'électricité est, d'un point de vue technique, destiné à transporter l'électricité produite par un fournisseur au consommateur individuel final; ce dernier est, sur le plan économique, tenu de payer le fournisseur en fonction de sa consommation. »*
- *En revanche, un réseau d'éclairage public est, d'un point de vue technique, destiné à éclairer des lieux publics en utilisant à cet effet l'énergie électrique que procure le réseau de distribution d'électricité. L'autorité qui assure l'éclairage public en supporte elle-même le coût, quitte à recouvrer par la suite les sommes exposées auprès de la population desservie, sans moduler les montants exigés en fonction de l'utilité retirée par les personnes concernées. »*

272 Point 22.

273 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°60-61.

274 CJUE 27 octobre 2005, C-187/04 et C-188/04, Commission / Italie, n°29.

275 CJUE 27 octobre 2005, C-187/04 et C-188/04, Commission / Italie, n°26-28.

276 CJUE 5 octobre 2000, C-16/98, Commission / France, n°52-53.

Par contre, pris isolément, la Cour a estimé que les travaux d'entretien à réaliser sur le même réseau électrique régional correspondaient bien, quant à eux, à un « ouvrage » au sens de la directive, dans la mesure où il y a simultanément des lancements de marchés, unité du cadre géographique à l'intérieur duquel les marchés ont été lancés, coordination des marchés par une seule autorité publique et similitude des avis de marché.

En ce qui concerne les travaux relatifs au réseau régional d'éclairage, la Cour a considéré qu'il n'y avait pas unité technique, parce que ces réseaux n'étaient pas physiquement interdépendants. De même, il ne pouvait y avoir une unité économique dès lors que la charge financière de chaque réseau municipal pouvait être séparément supportée par les localités. Par conséquent, si la Cour pouvait admettre que les fonctions économiques et techniques des divers réseaux d'éclairage urbain de la région étaient les mêmes, il n'était pas démontré que ces réseaux formaient un ensemble au niveau régional.²⁷⁷

27. Dans un autre cas d'espèce²⁷⁸, il a été considéré que la réalisation d'un pôle de loisirs, incluant un complexe cinématographique, des locaux commerciaux, un parking souterrain et des voiries et équipements publics, remplissait bien une fonction économique dans la mesure où il était destiné à l'accueil d'activités commerciales et de services.

28. Enfin, notons que suivant l'avocat-général JACOBS²⁷⁹ et la Cour²⁸⁰, la notion d'ouvrage n'exclut pas que les travaux commandés émanent d'un seul et même pouvoir adjudicateur. Le fait que plusieurs pouvoirs adjudicateurs commandent de concert des travaux n'empêche pas que ceux-ci puissent être considérés comme un ouvrage, au sens de la Directive.

3° *Le lien entre le pouvoir adjudicateur et les travaux ou l'ouvrage*

29. L'article 1.2.b de la directive 2004/18/CE stipule que les marchés de travaux portent sur :

- « soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de
 - travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I,
 - ou d'un ouvrage;
- soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. »

30. Une question fréquemment posée à la Cour est de savoir quel doit être le lien entre les travaux ou l'ouvrage réalisés et le pouvoir adjudicateur.

277 CJUE 5 octobre 2000, C-16/98, Commission / France, n°69-70.

278 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°41.

279 Av. gén. JACOBS, Conclusions du 24 février 2000, C-16/98, Commission / France, n°47 à 54.

280 CJUE, arrêt du 5 octobre 2000, Commission / France, n°42-43.

Dès lors que ce lien est analysé par la Cour, au regard du caractère onéreux du contrat, nous renvoyons aux développements détaillés aux points 39 et suivants de la présente contribution.

31. Outre la question du lien entre le pouvoir adjudicateur et les travaux, la définition de marché implique également d'appréhender la notion d'« *ouvrage répondant aux besoins d'un pouvoir adjudicateur* ».

Suivant la Cour, « *le critère essentiel est à cet égard que cet ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, les moyens utilisés en vue de cette réalisation étant indifférents* ». ²⁸¹

Il ressort de l'arrêt Müller²⁸² que « *pour qu'il puisse être admis qu'un pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins au sens de ladite disposition, il faut que ce dernier ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci.* »

Ainsi, si les spécifications quant à un immeuble à construire, déterminées par le pouvoir adjudicateur dans un contrat de location signé avec un promoteur immobilier, vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble, l'ouvrage répond à ses besoins.²⁸³

La Cour a, sur cette base, notamment estimé que le fait qu'une commune cherche à repositionner et redynamiser un quartier urbain en y faisant réaliser, à son initiative²⁸⁴, un pôle de loisirs, suffit à considérer que cet ouvrage répond à ses besoins, même si le pouvoir adjudicateur ne devient pas propriétaire des ouvrages construits.²⁸⁵ Sur ce point, la jurisprudence de la Cour semble avoir évolué. Précédemment, la Cour estimait²⁸⁶ qu'il ne pouvait être question d'un ouvrage répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur lorsque celui-ci n'avait pas déterminé dans les documents de marché les précisions sur l'aménagement concret, l'exécution technique et la construction de l'ouvrage.

Par contre, la Cour considère que « *le simple fait qu'une autorité publique, dans l'exercice de ses compétences en matière de régulation urbanistique, examine certains plans de construction qui lui sont soumis ou prenne une décision en application de compétences dans cette matière ne répond pas à l'exigence relative aux « besoins précisés par le pouvoir adjudicateur », au sens de ladite disposition.* »²⁸⁷

281 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°55.

282 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°67.

283 Av. gén. TRSTENJAK, conclusions du 4 juin 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°109.

284 Cfr à ce sujet Av. gén. MINGOZZI, conclusions du 17 novembre 2009, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°52.

285 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°42.

286 Av. gén. ALBER, Conclusions du 8 novembre 2001, C-470/99, Universale Bau, n° 58-60 et l'arrêt cité.

287 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°68 et 69.

E. L'existence d'un contrat

32. Suivant la Cour, il peut y avoir un contrat, même lorsque le pouvoir adjudicateur est contraint de s'engager avec un tiers qui s'impose légalement à lui.²⁸⁸ « Le fait que les pouvoirs publics n'ont pas la possibilité de choisir leur contractant ne peut donc pas, en soi, justifier la non-application de la directive, parce qu'une telle éventualité aboutirait à exclusion de la concurrence communautaire la réalisation d'un ouvrage auquel cette directive serait autrement applicable. »²⁸⁹

Il y a contrat dès lors que la loi offre le choix au pouvoir adjudicateur de ne pas conclure de convention de travaux et que les conditions contractuelles peuvent être discutées, de sorte que la nature et l'ampleur de l'ouvrage qui en résulte en seront affectées.

33. Par ailleurs, la Cour²⁹⁰ a, concernant ce critère également, confirmé son interprétation fonctionnelle de la directive en précisant que la notion de contrat peut recouvrir des opérations complexes, composées de plusieurs contrats successifs. « En vue d'éviter des abus de droit et d'assurer l'effet utile de la réglementation communautaire en matière de marchés publics, deux actes formellement distincts, notamment du point de vue chronologique, peuvent être considérés comme simultanés, voire comme constitutifs d'un acte juridique unique. »²⁹¹

La directive peut ainsi s'appliquer, par exemple, à une procédure en deux phases, caractérisée par la vente d'un terrain qui fera ultérieurement l'objet d'un marché de travaux, à moins qu'au moment de la vente du terrain par le premier pouvoir adjudicateur, aucun engagement juridiquement contraignant relatif aux travaux à réaliser sur le terrain n'ait été émis.

34. Enfin, dans un autre ordre d'idée, relevons que la nature administrative du contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur économique n'a aucune influence sur sa qualification de « contrat ».²⁹²

F. Un contrat à titre onéreux

1° Nature synallagmatique des marchés

35. Par essence, les marchés publics sont des contrats souscrits à titre onéreux.

Il s'agit donc de conventions synallagmatiques, caractéristique indispensable au regard de la notion de marché public²⁹³.

288 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°71.

289 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°75.

290 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°82

291 Av. gén. MENGOZZI, conclusions du 17 novembre 2009, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°105.

292 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°73.

293 Av. gén. MENGOZZI, conclusions du 17 novembre 2009, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°76-77.

Lorsqu'une opération est unilatérale et n'implique que des obligations à charge de l'opérateur économique, l'absence d'obligation à souscrire par le pouvoir adjudicateur rend hypothétique tout risque de discrimination à l'égard des soumissionnaires²⁹⁴. Au lieu d'un marché public, ce type de contrat ressort plutôt de l'exercice de l'imperium public.

36. La Cour considère que le caractère onéreux du contrat est déduit de l'existence de la contreprestation que l'autorité publique doit offrir à l'opérateur économique, en raison de la réalisation de l'ouvrage concerné²⁹⁵.

«Pour qu'il y ait un contrat à titre onéreux, il faut que le pouvoir adjudicateur supporte la charge économique soit positivement, sous la forme d'une obligation de paiement à l'opérateur économique, soit négativement, sous la forme d'une perte de revenus ou de ressources auxquels il aurait normalement eu droit.»²⁹⁶

Cette contre-prestation peut consister en un paiement d'argent, mais pas nécessairement tant qu'elle est économiquement évaluable. Elle peut ainsi prendre la forme d'une mise à disposition, par le pouvoir adjudicateur à l'opérateur économique, d'un terrain public à titre gratuit ou à prix réduit.²⁹⁷

Le fait que l'autorité publique exonère l'opérateur économique du paiement d'une contribution urbanistique aux charges d'équipements constitue bien, selon la Cour, une contre-prestation dans le chef de l'autorité publique.²⁹⁸

De même, est également conclu à titre onéreux le contrat qui prévoit le paiement par la commune d'une rétribution pour certains bâtiments, ainsi qu'une participation aux autres ouvrages à réaliser et le droit pour l'opérateur économique de «tirer des recettes de tiers en contrepartie de la cession des ouvrages réalisés».²⁹⁹

37. Une plainte de la Commission européenne, contre une procédure espagnole d'aménagement du territoire intitulée «programme d'action intégrée» ou «PAI», est actuellement pendante devant la Cour de Justice et apportera sans doute des éclaircissements en la matière.

La procédure PAI implique l'établissement, à l'initiative des pouvoirs publics ou de personnes privées, d'un plan détaillé de développement d'une zone territoriale. Sur cette base, les pouvoirs publics qui souhaitent aménager le terrain concerné, peuvent soit recourir à la procédure de gestion directe, en finançant eux-mêmes les travaux, soit appliquer la procédure de gestion indirecte, en autorisant un promoteur privé à réaliser ces travaux.

294 Av. gén. JAASKINEN, conclusions du 16 septembre 2010, C-306/08, Commission / Espagne, n° 88.

295 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°45 et 60.

296 Av. gén. JAASKINEN, conclusions du 16 septembre 2010, C-306/08, Commission / Espagne, n°86.

297 Av. gén. MENGOZZI, conclusions du 17 novembre 2009, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°31 et n°58.

298 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°78 à 84.

299 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°45.

En cas de procédure directe, le pouvoir public finance les travaux sur fonds propres, alimentés par des taxes d'aménagement qu'il peut imposer aux propriétaires des parcelles³⁰⁰. Par contre, « s'ils décident d'utiliser la procédure de gestion indirecte, les pouvoirs publics désignent un promoteur, les propriétaires des terrains devant alors lui rembourser les coûts d'aménagement en proportion de la surface de terrain que chacun d'entre eux apporte à la réalisation du projet. »

Une participation des propriétaires de parcelles concernées par le projet PAI est prévue par la réglementation espagnole et prend la forme d'une cession gratuite au promoteur d'une partie des terrains et/ou d'une participation financière. La loi prévoit, dans les coûts pris en charge par les propriétaires, une marge bénéficiaire à verser au promoteur.

Si la réglementation espagnole prévoit effectivement que le promoteur est désigné par appel d'offres, toutes les garanties prévues par la directive 2004/18/CE ne sont pas rencontrées, à l'estime de la Commission européenne.

L'avocat-général préconise dans ses conclusions³⁰¹ qu'il est nécessaire que la Cour fasse preuve d'une certaine réserve³⁰² dans l'application de la réglementation des marchés publics, eu égard à la nature urbanistique de la PAI.

D'après l'avocat-général, la désignation d'un promoteur immobilier privé, conformément à la procédure de gestion indirecte de la PAI, ne peut constituer un marché public de travaux parce que l'opération n'a pas de caractère onéreux.

Il estime, en effet, que l'exécution d'un PAI en gestion indirecte ne génère aucune charge économique positive ou négative pour l'autorité publique.³⁰³ De plus, contrairement à ce que soutient la Commission européenne, l'avocat-général soutient que le caractère onéreux du contrat ne peut être déduit du seul fait que des tiers, à savoir les propriétaires des parcelles, sont contraints de financer le promoteur.

La Cour de Justice n'a pas encore, à l'heure de la rédaction des présentes, rendu son arrêt dans cette affaire.

300 Av. gén. JAASKINEN, conclusions du 16 septembre 2010, C-306/08, Commission / Espagne, note 31.

301 Av. gén. JAASKINEN, conclusions du 16 septembre 2010, C-306/08, Commission / Espagne.

302 Av. gén. JAASKINEN, conclusions du 16 septembre 2010, C-306/08, Commission / Espagne, n°75 et 77.

303 Av. gén. JAASKINEN, conclusions du 16 septembre 2010, C-306/08, Commission / Espagne, n°82 à 89.

Nous ne partageons toutefois pas, au regard de la jurisprudence de la Cour examinée dans la présente contribution, l'analyse de l'avocat-général dans cette affaire. Force est en effet de constater que :

- Comme l'a relevé la Cour dans plusieurs arrêts³⁰⁴, la nature urbanistique d'une réglementation nationale n'empêche pas la soumission d'opérations lancées dans ce cadre, aux marchés publics ;
- La présente affaire se distingue fondamentalement de l'arrêt Müller en ce que l'exécution du PAI aboutit à la cession aux pouvoirs publics, de la propriété d'ouvrages construits par les promoteurs. La municipalité a donc un intérêt économique direct à l'opération. Cet intérêt n'avait pas été identifié dans le cadre de l'arrêt Müller³⁰⁵ ;
- Si les municipalités espagnoles ne paient effectivement aucun montant au promoteur immobilier désigné, elles prennent des engagements juridiques puisque, d'une part, elles donnent au promoteur certaines garanties concernant la qualité, la situation et l'usage des droits de construction sur le site³⁰⁶ et, d'autre part, elles garantissent au promoteur l'obtention de revenus de la part des propriétaires terriens concernés.

Sur ce point, comme dans l'arrêt La Scala³⁰⁷, il faut noter que l'intervention financière des propriétaires au profit du promoteur, semble les libérer du paiement de la taxe qu'ils auraient dû verser si la municipalité avait opté pour la gestion directe du PAI³⁰⁸. Ce faisant, la municipalité se prive de revenus fiscaux.

Le contrat PAI fait donc naître, à notre estime, des obligations dans le chef des deux parties.

- Enfin, conformément au raisonnement adopté par la Cour dans l'arrêt La Scala, lorsque les municipalités choisissent d'exécuter le PAI en gestion directe, elles doivent respecter les marchés publics (puisqu'elles financent, sur fonds propres, l'acquisition de travaux d'ouvrages publics). Il ne serait donc pas injustifié que les marchés publics s'appliquent également en gestion indirecte, puisqu'elle permet aussi la cession de la propriété des ouvrages au pouvoir public.³⁰⁹

Il nous apparaît donc, dans ces circonstances, que l'opération soumise à la Cour pourrait constituer un marché public de travaux.

304 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°66; CJUE 21 février 2008, C-412/04, Commission / Italie, n°70.

305 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°51 et les références à CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n° 67,71 et 77.

306 Av. gén. JAASKINEN, conclusions du 16 septembre 2010, C-306/08, Commission / Espagne, n° 69.

307 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°81.

308 Av. gén. JAASKINEN, conclusions du 16 septembre 2010, C-306/08, Commission / Espagne, n° 31 et note 31.

309 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°75.

2° La contrepartie n'est pas le droit d'exploiter l'ouvrage

38. Lorsque la contrepartie fournie par l'autorité publique est le droit conféré à l'opérateur d'exploiter l'ouvrage, il n'y a, suivant l'article 1.3 de la directive 2004/18/CE, pas « marché de travaux » mais bien « concession de travaux ».

Pour la Cour, il n'est toutefois question de « droit d'exploiter l'ouvrage » que lorsque l'opérateur supporte le risque économique de l'opération. En effet, « *l'essence de la concession réside dans le fait que le concessionnaire supporte lui-même le risque économique principal ou, en tout cas, substantiel, lié à l'exploitation* ». ³¹⁰

La distinction entre marché et concession de travaux s'est notamment posée dans le cadre de l'attribution d'une convention d'aménagement urbain où une commune française avait confié à une société d'économie mixte le soin de concevoir et construire une série d'équipements immobiliers, devant pour partie être vendus à des tiers. ³¹¹

Suivant l'avocat-général ³¹², même si l'opération pouvait à certains égards s'apparenter à une concession de travaux, il s'agissait d'un marché de travaux dans la mesure où une concession se caractérise par le fait que « *le cocontractant du pouvoir adjudicateur supporte le risque économique de l'opération* ». Or, tel n'était pas le cas en l'espèce puisque la commune devait contractuellement supporter les éventuels déficits de l'opération.

Le fait que l'opérateur privé puisse vendre certains immeubles à des tiers et bénéficie donc du droit d'en percevoir le prix n'a pas été jugé suffisant pour disqualifier la convention en concession de travaux. ³¹³

De même, l'attribution par une commune italienne d'un marché portant sur la construction d'un réseau de tramways vicinaux et son exploitation, a été jugée comme ne pouvant constituer une concession de travaux ³¹⁴. En effet, si certes l'opérateur désigné jouissait du droit d'exploiter les lignes, une rémunération garantie à payer par un tiers lui était assurée par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il n'y avait pas transfert du risque d'exploitation au prestataire.

Enfin, notons encore que l'incertitude de l'entrepreneur quant à l'approbation de son projet immobilier par les autorités compétentes en matière d'urbanisme ne constitue pas un risque lié à l'exploitation au sens de la jurisprudence de la Cour. ³¹⁵

310 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°75.

311 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne.

312 Av. gén. KOKOTT, Conclusions du 15 juin 2006, C-220/05, Auroux / Roanne, n°46.

313 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°45.

314 CJUE, arrêt du 13 novembre 2008, Commission / Italie, C-437/07, n° 27 à 35.

315 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°75.

3° *L'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur*

39. Le caractère onéreux du contrat influence également le lien existant entre le pouvoir adjudicateur et les travaux ou l'ouvrage envisagés.

Si le contrat est onéreux et que le pouvoir adjudicateur offre une contre-partie financière aux travaux, la Cour en déduit³¹⁶ que les travaux ou l'ouvrage réalisés comportent « *un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur* ».

40. Suivant la Cour, d'une part, « *un tel intérêt économique peut être (...) constaté s'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique* »³¹⁷

Ainsi, la Cour estime que « *cet intérêt économique est clairement établi lorsqu'il est prévu que le pouvoir adjudicateur deviendra propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché.* »

La Cour n'exige toutefois pas, pour conclure à l'existence de cet intérêt économique, que le droit de propriété des travaux ou de l'ouvrage revienne nécessairement au pouvoir adjudicateur³¹⁸. Ainsi, le fait que le contrat litigieux ne prévoit pas, au terme de la jouissance de l'ouvrage par le pouvoir adjudicateur, une faculté d'achat n'est pas pertinent pour juger de la qualification du contrat.³¹⁹

Il y aura également « intérêt économique » lorsque le pouvoir adjudicateur bénéficie sur les travaux ou l'ouvrage réalisés d'autres droits personnels ou réels³²⁰ qui lui en assurent la disponibilité à des fins publiques. Suivant la Cour, les qualités fonctionnelles d'un ouvrage qui sera construit ainsi que sa mise à disposition du pouvoir adjudicateur dans le but d'en garantir la jouissance aux usagers publics sont des éléments importants qui confirment l'affectation publique assignée aux ouvrages réalisés.³²¹ L'avocat-général KOKOTT ajoute d'ailleurs que les objectifs des directives « *peuvent tout autant être compromis dans le cas où le pouvoir adjudicateur commande un ouvrage destiné, en totalité ou en partie, à bénéficier au final (...) au public ou à des personnes privées. Le risque qu'un traitement préférentiel accordé à certains opérateurs de marché entraîne une distorsion de la concurrence existe en effet dès lors qu'un pouvoir adjudicateur décide de charger un entrepreneur de travaux, quels que soient les raisons et le contexte de la réalisation de l'ouvrage et quelle qu'en soit la destination.* »³²²

316 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, 49.

317 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°51 et les références à CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n° 67,71 et 77.

318 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°47-48 et CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°53.

319 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°62.

320 CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°90.

321 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°67-68.

322 Av. gén. KOKOTT, Conclusions du 15 juin 2006, C-220/05, Auroux / Roanne, n°42 et 43 ainsi que les références citées.

41. D'autre part, la Cour indique³²³ que « l'intérêt économique peut encore résider dans les avantages économiques que le pouvoir adjudicateur pourra tirer :

- de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage ;
- dans le fait qu'il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ;
- ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage. »

Il peut donc y avoir intérêt économique même lorsque les travaux faisant l'objet du marché ne sont pas acquis « matériellement ou physiquement »³²⁴ par le pouvoir adjudicateur.

La présence de ces indices fut notamment constatée dans le cadre de l'affaire Auroux.³²⁵ En effet, même si certains ouvrages construits par le cocontractant de la Ville de Roanne étaient destinés à être vendus à des acheteurs privés pour la satisfaction de leurs besoins privés, cet élément n'a pas été jugé déterminant par la Cour dans la mesure où la Commune assumait le risque économique de l'entièreté de l'opération et que l'ouvrage, dans sa globalité, répondait aux besoins du pouvoir adjudicateur.³²⁶

42. Par contre, dans l'affaire Müller³²⁷ qui concernait également le redéveloppement d'un quartier urbain sous contrôle des autorités publiques compétentes pour l'urbanisme, la Cour a conclu à l'inexistence d'un marché.

La Cour a, en effet, estimé que l'exercice des compétences de régulation urbanistique par un pouvoir adjudicateur, quand bien même répondrait-il à une mission d'intérêt général qui lui incombe, n'implique pas un marché de travaux, parce qu'il n'a pour objet ni la réception d'une prestation contractuelle, ni la satisfaction de l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, la Cour a constaté que l'opération n'obligeait aucunement l'acquéreur du terrain, de réaliser des travaux sur celui-ci. Or il ne peut y avoir de marché que s'il crée, à charge des parties, des obligations réciproques dont l'exécution forcée peut être réclamée en justice.³²⁸

G. Un contrat conclu avec un ou plusieurs opérateurs économiques

43. Sur base de la directive 93/37/CE, un marché public de travaux ne pouvait être conclu qu'avec un entrepreneur. La Cour avait toutefois donné une interprétation extensive à ce concept, considérant que ce terme n'obligeait pas que le cocontractant de l'autorité publique réalise lui-même les travaux : « la direc-

323 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°52 et les références à CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne.

324 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°54 et 58.

325 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°33, 35, 42 et 45.

326 Cfr aussi l'avis de l'avocat-général du 15 juin 2006, n°42 à 44.

327 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°55 à 58.

328 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°62-63.

*tive n'exige pas que la personne qui conclut un contrat avec un pouvoir adjudicateur soit en mesure de réaliser directement la prestation convenue avec ses propres ressources pour pouvoir être qualifiée d'entrepreneur; il suffit qu'elle soit à même de faire exécuter la prestation dont il s'agit, en fournissant les garanties nécessaires à cet effet».*³²⁹

Un entrepreneur peut donc parfaitement avoir recours à des sous-traitants pour l'exécution du marché auquel il soumissionne.³³⁰

De même, rien ne s'oppose à ce que l'entrepreneur soit actif dans d'autres secteurs de l'économie que la construction. Ainsi, la Cour a notamment relevé que si le droit communautaire ne s'oppose pas à l'adoption de mesures nationales destinées à écarter, dans les procédures de passation des marchés publics de travaux, le risque de survenance de pratiques susceptibles de menacer la transparence et de fausser la concurrence, qui pourrait naître de la présence, parmi les soumissionnaires, d'un entrepreneur exerçant une activité dans le secteur des médias d'information, il s'oppose à une mesure nationale instaurant une incompatibilité générale entre le secteur des travaux publics et celui des médias d'information et exclut systématiquement de l'attribution de marchés publics des entrepreneurs de travaux publics également impliqués dans le secteur des médias d'information.³³¹

Plutôt que le concept d'entrepreneur, c'est en réalité plutôt celui d'« entreprise » qu'il fallait lire dans la directive 93/37/CE, soit toute entité exerçant une activité qui consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment du statut juridique et de son mode de financement.³³²

La directive 2004/18/CE a dissipé toute discussion à cet égard en adoptant l'expression « opérateur économique ».

44. Le fait que l'opérateur économique avec lequel l'autorité publique envisage de contracter soit lui-même un pouvoir adjudicateur ne dispense pas de recourir aux procédures de passation de marchés publics de travaux.³³³

Dès lors que l'opérateur économique est une personne juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, les marchés publics s'appliquent³³⁴, sauf quelques exceptions telles les relations *in house*³³⁵, le mécanisme de la centrale de marché ou la coopération publique de service public³³⁶.

329 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°90; CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°38; CJUE 29 octobre 2009, C-536/07, Commission / Allemagne, n°59; Av. gén. KOKOTT, Conclusions du 15 juin 2006, C-220/05, Auroux / Commune de Roanne, n°52-53.

330 CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, n°61.

331 CJUE 16 décembre 2008, Michaniki / Ethniko, C-213/07, n° 60-62.

332 Av. gén. KOKOTT, Conclusions du 15 juin 2006, C-220/05, Auroux / Roanne, n°50.

333 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°62.

334 CJUE 13 janvier 2005, C-84/03, Commission / Espagne, n°38.

335 CJUE 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98 et CJUE 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03; CJUE 8 avril 2008, Commission / Italie, C-337/05; CJUE 17 juillet 2008, Commission / Italie, C-371/05.

336 CJUE 9 juin 2009, Commission / Allemagne, C-480/06.

Dans un premier temps, la Cour avait soutenu qu'un pouvoir adjudicateur, contraint de conclure avec un cocontractant lui-même pouvoir adjudicateur, pourrait s'abstenir de passer un marché de travaux dans la mesure où son cocontractant y serait lui-même contraint³³⁷.

L'avocat-général KOKOTT³³⁸ s'était démarqué de cette position, en indiquant que la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de ne pas appliquer les marchés publics lorsque l'opérateur désigné y a lui-même tenu à l'égard de ses sous-traitants, n'est valable que dans des cas limités. Parmi ceux-ci, figure l'hypothèse où l'autorité publique n'a légalement pas le choix de son cocontractant. Lorsque ce choix est possible, l'avocat-général estime qu'il y a lieu, même si le cocontractant est tenu au respect des marchés publics pour la désignation des sous-traitants, d'appliquer les directives.

La Cour a revu³³⁹ sa jurisprudence sur ce point, en considérant qu'aucune exception aux marchés publics n'est envisageable (hors *in house*, centrale de marché ou coopération de service public), lorsque le cocontractant est lui-même un pouvoir adjudicateur, dans la mesure où rien ne garantit que ce dernier ne mette pas en place une série de marchés successifs et partiels, échappant à l'application des directives européennes.

H. Un contrat conclu par écrit

45. Seule la directive européenne inclut, parmi les critères constitutifs de la notion de marché public de travaux, l'exigence d'un écrit. La loi belge n'en dit mot.

Il ne nous apparaît pas que ce critère soit nécessaire pour pouvoir conclure à l'existence d'un marché de travaux, si les autres conditions légales sont réunies.

A notre connaissance, aucun arrêt de la Cour de Justice en matière de marché de travaux n'a eu à contrôler ou interpréter cette notion.

IV. Considérations finales

46. La réglementation des marchés publics est fondée sur la volonté de garantir, dans le cadre des commandes de travaux passées par les autorités publiques, une libre circulation des services et une concurrence non faussée entre les opérateurs économiques.

Consacrée par les directives européennes, l'appréhension correcte de la notion de marché public de travaux s'avère essentielle pour déterminer les contrats soumis aux procédures de marchés publics.

337 CJUE 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti / Comune di Milano, n°100.

338 Av. gén KOKOTT, Conclusions du 15 juin 2006, C-220/05, Auroux / Roanne, n°75-76.

339 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n°66-68.

Une opération sera qualifiée de marché public de travaux lorsqu'elle peut être assimilée à un contrat, onéreux, conclu par écrit, entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques, ayant pour objet l'exécution de travaux énumérés à l'annexe I de la directive ou la réalisation d'un ouvrage.

La pratique démontre qu'il est malaisé d'appliquer ces critères légaux aux multiples situations factuelles qui se présentent.

Ces dix dernières années et à de nombreuses reprises, la Cour de Justice européenne a été saisie de recours portant sur la notion de marché public de travaux. Ces litiges ont abouti à quatre décisions de principe, que sont les arrêts La Scala, Auroux, Commission / Allemagne et Müller.

L'examen de la jurisprudence de la Cour démontre qu'elle a, sans cesse, tenté d'accroître le champ d'application matériel des directives, en donnant tantôt une interprétation fonctionnelle, tantôt une interprétation formelle à la notion de marché public de travaux.

Parmi les enseignements importants de cette décennie de jurisprudence européenne, nous retiendrons certainement :

- les précisions données par la Cour sur la fonction économique ou technique que doit remplir un ouvrage ;
- le fait qu'un ouvrage peut répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur, sans nécessairement lui être mis à disposition, dès lors que le pouvoir adjudicateur est à l'initiative de sa réalisation ;
- le caractère onéreux des marchés de travaux, nécessitant que le pouvoir adjudicateur, dans une relation synallagmatique, s'oblige à l'égard l'opérateur, en supportant une charge économique positive ou négative ;
- l'intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur, nécessaire pour constater le caractère onéreux des marchés de travaux, que ne rencontre pas le simple exercice des compétences urbanistiques.

Au terme de cet examen de jurisprudence, force est toutefois de constater que des hésitations persistent et nécessiteront d'autres décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne. L'arrêt à venir dans l'affaire Commission contre Espagne pourrait, à cet égard, constituer une nouvelle décision importante.

Une seule certitude donc : la notion de marché public de travaux n'a pas fini de faire couler de l'encre !