

Commande publique

32

UN AN DE JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE COMMANDE PUBLIQUE

Article rédigé par :
Nathalie RICCI,
Avocat, Seban & Associés



Au cours de ces douze derniers mois, le juge administratif s'est attaché à préciser, s'agissant des modalités de passation des contrats de la commande publique, notamment, les conditions d'utilisation des critères et sous-critères de jugement des offres, de l'allotissement des marchés ou encore le régime des offres irrégulières. Les principales questions traitées sont, au demeurant, celles sur lesquelles la réforme des directives *Marchés*, qui seront très prochainement adoptées, a entendu revenir pour consacrer, confirmer ou imposer les modalités nouvelles de commande publique au plan européen. En matière d'exécution des contrats de la commande publique par ailleurs, si plusieurs décisions d'importance, telle celle relative au régime des biens dans les concessions de service, sont à rappeler, l'une d'entre elles mérite une attention particulière : la création, toute récente, par le tribunal administratif de Lille, de l'action en rétablissement de l'état antérieur du contrat, par extension de l'action en reprise des relations contractuelles, qui avait été consacrée par la jurisprudence du Conseil d'État *Béziers II*, à des mesures de modification unilatérale du contrat administratif.

1. Passation des contrats de la commande publique

A. - Recours au dialogue compétitif

Notion de complexité. – Le recours à la procédure de dialogue compétitif est réservé aux marchés publics complexes, c'est-à-dire, selon les dispositions de l'article 36 du Code des marchés publics, aux marchés dans le cadre desquels « *le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins* » ou bien lorsque « *le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet* ».

La présente affaire illustre un cas dans lequel un pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir seul et à l'avance les

moyens techniques permettant de satisfaire ses besoins et est, par conséquent, bien fondé à recourir à une procédure de dialogue compétitif. Était, en l'espèce, visé un marché de prestations d'assurances collectives en matière de prévoyance et de frais de soins de santé pour les collaborateurs du réseau de l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie. La complexité de ce marché résultait, selon le Conseil d'État, de la réunion de trois éléments : d'une part, le marché avait vocation à se substituer progressivement aux multiples contrats de protection santé existants ; d'autre part, le marché s'inscrivait dans le cadre d'une réforme profonde du réseau consulaire ; enfin, il était demandé aux candidats de mettre au point des solutions techniques originales permettant à la fois d'optimiser le dialogue social et la « gouvernance » du disposi-

tif et de renforcer la qualité de la couverture des soins à moindres coûts, en tenant compte de l'hétérogénéité des pratiques antérieures. Au travers de cet arrêt, il est donc rappelé que le recours à la procédure de dialogue compétitif n'est pas automatique et doit être réservé à des marchés dont il est possible, pour le pouvoir adjudicateur, de justifier d'une certaine complexité¹.

B. - Allotissement

Possibilité de limiter le nombre de lots attribués à chaque candidat. – Depuis 2006, « afin de susciter la plus large concurrence, et sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes », le principe d'allotissement est la règle, les pouvoirs adjudicateurs pouvant définir, en tout état de cause, le nombre de lots à attribuer à chaque candidat. Le juge des référés précontractuels exerce, à cet égard, un plein contrôle sur le choix des pouvoirs adjudicateurs entre l'allotissement ou le marché global² tandis qu'il limite son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation s'agissant de la détermination du nombre et de la consistance des lots à attribuer³.

S'agissant du nombre de lots auxquels peut candidater une entreprise, le Conseil d'État avait déjà jugé qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait contraindre les candidats à présenter une offre pour chacun des lots à attribuer⁴. Mais il ne s'était, jusqu'à présent, jamais prononcé sur la possibilité, pour un pouvoir adjudicateur, de limiter le nombre de lots pouvant être attribués à un même candidat et, au-delà, sur les modalités d'attribution de ces lots dans l'hypothèse où plusieurs lots sont attribués à un même titulaire.

Dans le cadre du présent arrêt, le Conseil d'État traite de cette question en admettant, « afin de mieux assurer la satisfaction de ses besoins en s'adressant à une pluralité de cocontractants ou de favoriser l'émergence d'une plus grande concurrence », qu'un pouvoir adjudicateur puisse limiter le nombre de lots pouvant être attribués à chaque candidat, sans que cette limitation ne soit considérée comme un critère de sélection des offres, au sens de l'article 53 du Code des marchés publics. Néanmoins, si un pouvoir adjudicateur en décide ainsi, il doit alors définir, dans les documents de la consultation, les modalités de mise en œuvre de cette limitation et, plus particulièrement, les règles applicables au candidat qui remporterait plus de lots que le nombre de lots pouvant lui être attribué. Ces modalités d'attribution des lots doivent être définies sur la base de « critères ou de règles objectifs et non discriminatoires ».

En l'espèce, s'agissant d'un marché ayant pour objet l'analyse de prélèvements biologiques effectués sur les individus aux fins d'enregistrement de leur profil génétique dans le

Fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG), le Conseil d'État a jugé que le ministère de la Justice pouvait valablement limiter à un seul le nombre de lots pouvant être attribué à chaque candidat dès lors « qu'une telle limitation vise à susciter l'émergence d'une plus grande concurrence (...) et à assurer la sécurité en approvisionnements du ministère de la justice dans ce domaine, en permettant à plusieurs entreprises de disposer d'une compétence dans ce secteur afin que l'État puisse durablement être confronté à plusieurs opérateurs ». Le Conseil d'État a, enfin, considéré qu'était objective et non discriminatoire la règle selon laquelle un candidat classé en première position pour plusieurs lots se verrait attribuer le lot le plus important, après avoir classé les trois lots du marché par ordre d'importance⁵.

C. - Critères et sous-critères de sélection des offres

Conditions d'utilisation des critères sociaux et environnementaux⁶. – L'article 53 du Code des marchés publics autorise, depuis plusieurs années, les pouvoirs adjudicateurs à se fonder, pour attribuer leurs marchés, sur des critères liés aux performances en matière de protection de l'environnement et d'insertion sociale, dès lors que ces critères sont « *non discriminatoires et liés à l'objet du marché* ». Et, cette règle – faut-il le rappeler – vaut également pour les sous-critères de jugement des offres⁷.

Dès l'introduction de ces nouveaux critères de jugement des offres dans le Code des marchés publics, le Conseil d'État avait toutefois adopté une interprétation restrictive du lien entre ces critères et l'objet du marché auquel ils se rapportaient, ce qui avait considérablement limité le recours à ce type de critères. Les deux affaires suivantes, intervenues à moins d'un mois d'intervalle, ont toutefois donné l'occasion au Conseil d'État de préciser les conditions d'utilisation de ces critères environnementaux et sociaux et même d'assouplir le recours au critère social.

La première affaire concernait un marché de collecte des déchets ménagers et assimilés pour lequel le Conseil d'État a considéré que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations d'égalité de traitement, de publicité et de mise en concurrence en ne précisant pas les éléments d'appréciation du critère environnemental, d'une part, et en utilisant un critère social sans lien avec l'objet du marché, d'autre part⁸. S'agissant du critère environnemental, le Conseil d'État a fait application d'une jurisprudence constante imposant aux pouvoirs adjudicateurs, lorsqu'ils recourent à des sous-critères susceptibles d'avoir une incidence sur la présentation des offres des candidats, de porter à leur connaissance ces sous-critères ainsi que leur hiérarchisation ou leur pondération⁹. En l'espèce, la

1. CE, 11 mars 2013, n° 364551, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie : *JurisData* n° 2013-004369.

2. CE, 27 oct. 2011, n° 350935, Dpt Bouches-du-Rhône c/ Sté Signature : *JurisData* n° 2011-023218 ; Rec. CE 2011, tables ; JCP A 2011, act. 706 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 343, note G. Eckert.

3. CE, 21 mai 2010, n° 333737, Cne Ajaccio : *JurisData* n° 2010-006704 ; Rec. CE 2010, Tables, p. 849 ; Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 239, note P. Devillers.

4. CE, 1^{er} juin 2011, n° 346405, Sté Koné : *JurisData* n° 2011-010539 ; Rec. CE 2011 ; JCP A 2011, 2258.

5. CE, 20 févr. 2013, n° 363656, Sté Laboratoire Biomnis : *JurisData* n° 2013-002793 ; JCP E 2013, act. 200.

6. Pour plus de détails, V. T. Rouveyran, I. Haouas, *Les critères environnementaux et sociaux dans les marchés publics* : CDE 2013, dossier 33.

7. CE, 18 déc. 2012, n° 363208, UGAP : *JurisData* n° 2012-030277.

8. CE, 15 févr. 2013, n° 363921, Sté Derichebourg : *JurisData* n° 2013-003017 ; Contrats-Marchés publics 2013, comm. 104.

9. CE, 18 juin 2010, n° 337377, Cne Saint-Pal-de-Mons : *JurisData* n° 2010-009438.

Haute juridiction a ainsi considéré qu'aucune disposition du règlement de la consultation ni du cahier des clauses techniques particulières ne détaillait avec suffisamment de précision le sous-critère relatif à l'impact environnemental, et notamment l'étendue du bilan carbone demandé aux candidats, ce qui était, dès lors, constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Reprenant, par ailleurs, une jurisprudence établie en matière de critère social¹⁰, le Conseil d'État a également sanctionné l'utilisation, dans ce marché, du critère social en considérant que « le critère de sélection des offres relatif au volet social de l'entreprise n'était pas en rapport avec l'objet du marché » et ce, quand bien même le marché contenait des clauses relatives à l'insertion des publics en difficulté. Au travers de cette solution, le Conseil d'État a donc opéré une distinction entre l'objet du marché et ses conditions d'exécution en jugeant que le lien entre le critère social et l'objet du marché ne pouvait pas être démontré par l'insertion de clauses d'exécution sociales dans un marché. Le Conseil d'État réservait, par conséquent, l'utilisation du critère social aux seuls marchés ayant pour objet même l'insertion et la qualification professionnelle.

Infléchissant toutefois sa position, la Haute juridiction a, au contraire, validé, dans le cadre de la seconde affaire, le recours à un critère de jugement des offres lié à l'insertion professionnelle des publics en difficulté alors même que l'objet du marché ne portait pas directement sur une prestation d'insertion professionnelle¹¹. Dans cette affaire en effet, qui concernait sur un marché ayant pour objet le renouvellement, le renforcement des chaussées, l'entretien des voies vertes et des abords des bâtiments d'un Conseil général, le Conseil d'État a considéré que le critère de performance en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté était « en rapport avec l'objet de ce marché de travaux publics, susceptible d'être exécuté au moins en partie par du personnel engagé dans une démarche d'insertion ». Le lien entre l'objet du marché et le critère social résultait donc de la possible exécution du marché par du personnel en situation d'insertion quand bien même aucune clause d'exécution du marché ne comportait cette exigence. En infléchissant sa jurisprudence, le Conseil d'État a donc rendu le recours au critère social plus effectif.

L'application des nouvelles directives *Marchés* au travers de leur transposition en droit interne, lesquelles ont entendu renforcer ces critères secondaires, sera, sur ce point, suivie attentivement.

D. - Méthode de notation des offres¹²

Contrôle du juge des référés précontractuels sur la méthode de notation des offres. – Les pouvoirs adjudicateurs

disposent d'une grande liberté dans la détermination de leurs méthodes de notation des offres. Rappelons en effet qu'à la différence des critères de sélection des offres – voire même des sous-critères de sélection des offres – et de leur modalités de mise en œuvre, les méthodes de notation des offres ne sont soumises à aucune obligation de publicité préalable¹³. C'est pourquoi, les méthodes de notation des offres échappent « en principe, sous réserve d'une erreur de droit ou d'une discrimination illégale, au contrôle du juge du référé précontractuel »¹⁴.

Toutefois, bien que n'ayant pas à être communiquées aux candidats, les méthodes de notation des offres font l'objet d'un double contrôle de la part du Conseil d'État.

D'une part, le Conseil d'État exerce un contrôle sur la qualification juridique opérée par le juge des référés précontractuels entre critère (ou sous-critère) de sélection des offres et méthode de notation des offres. Le Conseil d'État a, en ce sens, considéré qu'un Office Public de l'Habitat n'avait fait que définir, de manière régulière, une méthode de notation du critère relatif au prix – qui n'avait donc pas à être portée à la connaissance des candidats –, en prenant en compte, pour apprécier ce critère, le montant total des sommes figurant sur le bordereau des prix unitaires (pour 80 %) ainsi que le niveau des rabais consentis sur les prix des matériaux non prévus par le bordereau général (pour 20 %)¹⁵.

D'autre part, la Haute juridiction s'assure que les modalités de notation employées par le pouvoir adjudicateur n'aboutissent pas à fausser l'application des critères de jugement des offres et de leur pondération. La Haute assemblée a, en ce sens, jugé qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait pas retenir une méthode de notation des offres le conduisant à appliquer des notes négatives aux candidats dès lors qu'une telle méthode avait pour effet de remettre en cause la pondération initiale des critères de jugement des offres¹⁶. Dans cette affaire, le Conseil d'État toutefois, en application de sa jurisprudence *Smirgeomes*, a neutralisé ce manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence en considérant que la société requérante, qui avait obtenu une note égale ou inférieure à celle de l'attributaire sur le critère de la valeur technique et avait proposé, par ailleurs, un prix plus élevé que celui de l'attributaire, n'avait pas pu être lésée par le manquement relevé.

Est, en revanche, régulière une méthode de notation qui, « s'agissant de l'évaluation du critère technique, permettait une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre »¹⁷.

Par ailleurs, afin de respecter le principe d'égalité de traitement entre les candidats, la juridiction suprême a rappelé que la méthode de notation choisie par le pouvoir adjudicateur, dès

10. CE, 25 juill. 2001, n° 229666, *Cne Gravelines* : *JurisData* n° 2001-062795 ; *Rec. CE* 2001, p. 391 ; *Contrats-Marchés publ.* 2001, comm. 188, note G. Eckert.

11. CE, 25 mars 2013, n° 364950, *Dpt Isère* : *JurisData* n° 2013-005637 ; *JCP E* 2013, act. 277.

12. V. T. Rouveyran et J. Jouan, *Publicité des sous-critères et des méthodes de notation dans les marchés publics - Étendue de l'obligation* : *CDE* 2013, dossier 34.

13. CE, 31 mars 2010, n° 334279, *Collectivité territoriale de Corse* : *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 240, note P. Devillers.

14. CE, 11 mars 2013, n° 364551, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie*, préc.

15. CE, 25 mars 2013, n° 364951, *Sté Cophignon* : *JurisData* n° 2013-005662.

16. CE, 18 déc. 2012, n° 362532, *Dpt Guadeloupe* : *JurisData* n° 2012-029899.

17. CE, 15 févr. 2013, n° 363854, 363855, 363856 et 363857, *Sté SFR* : *JurisData* n° 2013-002216 ; *JCP A* 2013, act. 175.

lors qu'elle est annoncée aux candidats dans le cadre des documents de la consultation, ne doit en aucun cas être modifiée en cours de procédure et, bien évidemment, au moment de l'analyse des offres tout particulièrement ¹⁸.

E. - Offre anormalement basse

Définition de l'offre anormalement basse. – Les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation, au regard des dispositions de l'article 55 du Code des marchés publics, quelle que soit la procédure engagée, de rejeter les offres présentant un caractère anormalement bas ¹⁹. Dans cette affaire, le Conseil d'État rappelle toutefois, conformément à ce que précise cet article 55, que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent écarter une offre qu'ils estiment anormalement basse sans avoir préalablement invité le candidat ayant formulé cette offre à fournir « toutes précisions et justifications et de nature à expliquer le prix proposé » ²⁰.

Surtout, face aux explications fournies par le candidat, il doit être manifeste, pour la Haute juridiction, que le prix proposé a été sous-évalué et, par conséquent, que ce prix est de nature à compromettre la bonne exécution du marché, pour que le pouvoir adjudicateur puisse rejeter son offre. La seule présentation d'un prix potentiellement très bas ne peut, en aucune manière, justifier le rejet d'une offre sur le fondement de l'article 55 précité. En l'espèce, le Conseil d'État a donc naturellement jugé que le caractère anormalement bas de l'offre du candidat évincé ne pouvait relever que du seul écart de prix avec l'offre concurrente.

F. - Offre irrégulière

Absence de régularisation, par le pouvoir adjudicateur, d'une offre irrégulière. – Dans le cadre des procédures de passation des marchés publics et en application de l'article 35 du Code des marchés publics, on rappellera que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de rejeter une offre lorsqu'elle est irrégulière – cette irrégularité pouvant, notamment, résulter de son incomplétude – ou inacceptable. Ce principe connaît toutefois deux exceptions. D'une part, le Conseil d'État admet qu'un candidat puisse rectifier son offre lorsqu'elle est entachée d'une simple erreur matérielle, c'est-à-dire d'une erreur dont le pouvoir adjudicateur ne peut se prévaloir de bonne foi ²¹. D'autre part, dans le cadre des procédures où des négociations peuvent être engagées avec les candidats, telle que la procédure adaptée, les pouvoirs adjudicateurs ont la possibilité de ne pas écarter d'emblée les candidats ayant remis une offre irrégulière et de négocier avec ces derniers afin de leur permettre de régulariser leur offre ²².

Dans la présente affaire, qui concernait une procédure d'appel d'offres lancée en vue de l'attribution d'un marché de

fourniture, de pose et d'entretien de matériels de signalisation, le Conseil d'État a réaffirmé ce principe interdisant « au pouvoir adjudicateur de modifier ou de rectifier lui-même une offre incomplète comme irrégulière », avant de rappeler qu'un pouvoir adjudicateur avait toujours la possibilité de « demander à un candidat des précisions sur son offre si celle-ci lui paraît ambiguë ou incertaine, ou l'inviter à rectifier ou à compléter cette offre sans que le candidat puisse alors en modifier la teneur » ²³.

Et ce principe est également appliqué dans le cadre des procédures de passation des contrats de partenariat public-privé, alors même que ce type de contrat est généralement conclu au terme d'une procédure de dialogue compétitif, dans le cadre de laquelle des discussions sont engagées entre la personne publique et les candidats. Le Conseil d'État vient donc ici juger que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas corriger lui-même une offre finale comportant des contradictions sur l'un des engagements qui étaient demandés aux candidats dans le cadre du règlement de la consultation. En outre, selon le Conseil d'État, la société requérante ne pouvait « utilement soutenir que la commune aurait pu relever une telle irrégularité dès ses propositions initiales » et cela, d'autant, qu'elle avait été invitée pendant la phase de dialogue à « préciser exactement » son engagement sur ce point ²⁴.

G. - Information des candidats évincés

Contenu des lettres de motivation de rejet des offres des candidats. – L'information des candidats évincés à l'attribution d'un marché revêt une importance particulière dès lors qu'elle conditionne l'articulation entre les procédures de référé précontractuel et de référé contractuel.

Rappelons en effet qu'aux termes de l'article L. 551-14 du Code de justice administrative, le référé contractuel est, en principe, fermé aux candidats évincés ayant déjà fait usage du référé précontractuel, excepté toutefois lorsque le candidat requérant a été privé de la possibilité de former un référé précontractuel en raison du comportement du pouvoir adjudicateur. Il en est ainsi notamment lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas correctement informé le candidat évincé des motifs de rejet de son offre ²⁵.

Le contenu des lettres de notification de rejet des offres des candidats évincés doit, par conséquent, faire l'objet d'une attention particulière par les pouvoirs adjudicateurs.

À cet égard, l'article 80 du Code des marchés publics, applicable aux marchés passés selon une procédure formalisée,

18. CE, 19 avr. 2013, n° 365340, Ville Marseille.

19. CE, 1^{er} mars 2012, n° 354159, Dpt Corse du Sud : *JurisData* n° 2012-003068 ; *Rec. CE* 2012 ; *JCP A* 2012, 2143 ; *RJEP* 2012, *comm.* 37, note D. Moreau.

20. CE, 29 mai 2013, n° 366606, Min. Intérieur c/ Sté Artéis : *JurisData* n° 2013-010802 ; *JCP E* 2013, 1362.

21. CE, 21 sept. 2011, n° 349149, Dpt Hauts-de-Seine : *JurisData* n° 2011-019442 ; *JCP E* 2011, 1721.

22. CE, 30 nov. 2011, n° 353121, Min. Défense : *JurisData* n° 2011-026704.

23. CE, 25 mars 2013, n° 364824, Dpt Hérault : *JurisData* n° 2013-006205 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, *comm.* 133.

24. CE, 3 juill. 2013, n° 366847 et 366902, Sté Bouygues Energies et Services.

25. Le Conseil d'État considère, dans cette hypothèse, qu'est recevable le « recours contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement présenté un recours précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché par suite d'un manquement du pouvoir adjudicateur au respect des dispositions de l'article 80 du code des marchés publics qui prévoit l'obligation de notifier aux candidats le rejet de leurs offres et fixe un délai minimum de seize jours, réduit à onze jours dans le cas d'une transmission électronique, entre cette notification et la conclusion du marché » (CE, 10 nov. 2010, n° 340944, France Agrimer : *JurisData* n° 2010-020831 ; *Contrats-Marchés publ.* 2011, *comm.* 59, note J.-P. Piétri ; *JCP A* 2010, 2379, note F. Linditch).

précise que la notification du rejet des offres des candidats comporte, outre les raisons ayant conduit au rejet des candidatures ou des offres des candidats évincés, le nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre. Adoptant toutefois une interprétation assez libérale de ces dispositions, le Conseil d'État a précisé que les motifs du rejet d'un candidat évincé à l'attribution d'un marché de services ayant pour objet l'exploitation d'une station d'épuration se « déduisaient nécessairement » des termes d'un courrier de notification qui comportait la seule indication du classement du candidat évincé, de ses notes ainsi que du nom de l'attributaire et des notes attribuées à ce dernier ²⁶.

Le Conseil d'État a, par ailleurs, rappelé que les lettres de notification du rejet des offres des candidats évincés devaient nécessairement comporter l'indication du délai à l'issue duquel le marché allait être signé, étant précisé qu'un simple rappel du délai minimum légal n'était pas suffisant pour satisfaire aux obligations prévues par l'article 80 du Code des marchés publics ²⁷.

2. Exécution des contrats de la commande publique

A. - Statut des biens de retour dans le cadre des conventions de délégation de service public

Dans un arrêt d'assemblée du 21 décembre 2012, particulièrement important en pratique ²⁸, le Conseil d'État s'est attaché à clarifier, de manière didactique, le régime des biens dans le cadre d'une convention de concession.

Rappelons, tout d'abord, que traditionnellement, les juridictions administratives distinguent entre les biens de retour, les biens de reprise et les biens propres du concessionnaire, chacun de ces types de biens répondant à un régime propre : les biens de retour restent, pendant la durée de la concession, propriété du concédant et doivent lui faire retour gratuitement en fin de contrat, même si pendant la durée de la convention, le concessionnaire dispose sur ces biens d'un droit de jouissance exclusif. Les biens de reprise demeurent, pendant la durée de la concession, propriété du concessionnaire, mais peuvent être repris par le concédant en fin de contrat. Enfin, les biens propres du concessionnaire sont définitivement la propriété du concessionnaire.

Après avoir rappelé ces principes traditionnels, le Conseil d'État a apporté d'utiles précisions concernant la consistance des biens de retour, les modalités de retour de ces biens au concédant, ainsi que l'obligation d'information du concessionnaire au concédant relativement aux biens de la concession.

S'agissant, tout d'abord, de la consistance des biens de retour, le Conseil d'État confirme que, dans le silence du contrat, tous les biens, mobiliers ou immobiliers, nécessaires au fonctionnement du service public sont, dès l'origine, la

propriété du délégant, quand bien même la convention mettrait à la charge du concessionnaire leur acquisition ou leur réalisation.

Contrairement à la jurisprudence antérieure, le Conseil d'État admet toutefois la possibilité d'exclure, contractuellement, de la catégorie des biens de retour, des biens nécessaires au fonctionnement du service public concédé. Néanmoins, cette appropriation privée des biens nécessaires au fonctionnement du service public concédé est limitée. En effet, lorsque les biens sont implantés sur une propriété publique, ils ne peuvent, en réalité, échapper à la qualification de biens de retour que dans les limites prévues par la loi, c'est-à-dire lorsqu'il est possible de constituer des droits réels sur le domaine public. Et, lorsque les biens sont implantés sur une propriété privée, les biens nécessaires au fonctionnement du service public concédé ne peuvent échapper à la qualification de biens de retour que s'ils constituent des biens de reprise ou si le contrat a prévu la possibilité, pour le concédant, d'y constituer des droits réels. À l'inverse, les autres biens, qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont, en principe, la propriété du concessionnaire, en qualité soit de biens de reprise, soit de biens propres.

Par ailleurs, le Conseil d'État a réaffirmé les modalités de retour au concédant des biens de retour : le principe est celui du retour automatique et gratuit des biens de retour au concédant en fin de contrat. Et ce principe s'étend également aux biens nécessaires au fonctionnement du service public qui ont été exclus, conventionnellement, de la catégorie des biens de retour. En revanche, s'agissant des biens de reprise, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service public, leur reprise n'est qu'une faculté et peut s'exercer soit à titre onéreux soit à titre gratuit, l'onérosité demeurant la règle.

Enfin, dans le cadre de cette affaire, le Conseil d'État a affirmé qu'il « résulte des principes mêmes de la délégation de service public que le cocontractant du concédant doit lui communiquer toute information utile sur les biens de la délégation ». Le Conseil d'État confirme ainsi que la collectivité publique qui délègue le service public détient un pouvoir de contrôle sur son délégataire ²⁹.

B. - Résiliation pour motif d'intérêt général

Possibilité d'exclure contractuellement toute indemnisation en cas de résiliation unilatérale. – Aux termes d'une jurisprudence ancienne, « les principes généraux applicables aux contrats administratifs permettent aux personnes publiques, sans qu'aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucune stipulation contractuelle ne le prévoient, de résilier un contrat pour motif d'intérêt général » ³⁰. Une telle résiliation pour motif d'intérêt général ouvre toutefois, en principe, droit au cocontractant à une indemnisa-

26. CE, 18 déc. 2012, n° 363342, *Métropole Nice Côte-d'Azur*. - CE, 15 févr. 2013, n° 363854.

27. CE, 15 févr. 2013, n° 363854, *Sté SFR*, préc.

28. V. en ce sens, J.-S. Boda et Ph. Guellier, *Le Conseil d'État et le régime des biens des délégations de service public* : JCP A 2013, 2044.

29. CE, 21 déc. 2012, n° 342788, *Cne Douai* : *JurisData* n° 2012-030179.

30. CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac Laval* : *Rec. CE*, p. 246.

tion couvrant non seulement la perte subie³¹ mais également son manque à gagner³².

Rien n'interdit néanmoins aux cocontractants, en vertu du principe de liberté contractuelle, de décider, conventionnellement, d'exclure tout droit à indemnisation du cocontractant privé, en cas de résiliation pour motif d'intérêt général du contrat par le pouvoir adjudicateur. Et c'est précisément cette exception que rappelle le Conseil d'État dans cette affaire, particulièrement importante en pratique³³.

En l'espèce, le Conseil d'État a, par ailleurs, jugé que l'inexécution partielle des bons de commande antérieurement à la résiliation du marché n'était pas assimilable à la résiliation elle-même et, par conséquent, ouvrait droit, au profit du cocontractant, à réparation à hauteur de la marge nette dont la société requérante avait été privée. Cette dernière n'était toutefois pas fondée à solliciter le remboursement des frais d'achat et de location des matériels destinés à l'exécution du marché dès lors que ces équipements avaient été acquis après la conclusion du contrat mais avant l'émission des bons de commande.

Intangibilité du décompte général définitif (DGD) et indemnisation du cocontractant dont le marché a été résilié pour motif d'intérêt général. – En vertu des dispositions du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux³⁴, lorsque le décompte général d'un marché est signé et accepté, sans réserve, par son titulaire, il devient le décompte général et définitif (DGD) du marché et lie définitivement les parties. Sauf à ce que les parties renoncent, d'un commun accord, à opposer ce principe d'intangibilité, le caractère intangible du DGD d'un marché s'oppose à ce que le titulaire d'un marché sollicite, une fois ce décompte devenu définitif, une indemnité au titre du préjudice subi du fait de la résiliation pour motif d'intérêt général de son contrat. À cet égard, le Conseil d'État a considéré que des échanges de courriers, intervenus après que le décompte général d'un marché soit devenu définitif, dans le cadre desquels un pouvoir adjudicateur proposait au titulaire de ce marché résilié une indemnisation forfaitaire sous réserve qu'il renonce à tout recours, « ne pouvaient être regardés comme exprimant la renonciation du maître de l'ouvrage à se prévaloir de l'intangibilité du décompte général définitif » mais simplement comme un début de négociation dans une perspective transactionnelle³⁵.

C. - Contestation des mesures d'exécution d'un marché public

Extension de la jurisprudence *Béziers II* à des mesures d'exécution d'un marché public. – Faisant preuve d'une certaine audace, le tribunal administratif de Lille a étendu la

jurisprudence *Commune de Béziers II*, jusqu'ici applicable aux seules mesures de résiliation unilatérale du contrat, aux mesures de modification unilatérale d'un contrat.

On rappellera à cet égard que dans un arrêt remarqué du 21 avril 2011³⁶, le Conseil d'État avait ouvert la possibilité, aux cocontractants de l'Administration, de contester les mesures de résiliation de leurs contrats en saisissant le juge de plein contentieux d'une action en reprise des relations contractuelles. Dans son jugement du 20 février 2013, le tribunal administratif de Lille étend cette jurisprudence aux mesures de modification unilatérale du contrat en créant une nouvelle action de plein contentieux : l'action en rétablissement de l'état antérieur du contrat³⁷.

Le tribunal administratif considère qu'« il incombe au juge du contrat, saisi par une partie d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de modification et tendant au rétablissement de l'état antérieur du contrat, lorsqu'il constate que cette mesure est entachée de vices relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé, de déterminer s'il y a lieu de faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de rétablissement de l'état antérieur du contrat, à compter d'une date qu'il fixe, ou de rejeter le recours, en décidant soit que l'exécution du contrat modifié peut être poursuivie, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique contractante ou convenues entre les parties, soit que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité ; que, dans l'hypothèse où il fait droit à la demande de rétablissement de l'état antérieur du contrat, il peut décider, si des conclusions sont formulées en ce sens, que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a causé, le cas échéant, la modification attaquée, notamment du fait de l'exécution du contrat modifié jusqu'à la date fixée pour le rétablissement de son état antérieur ».

La nouvelle action consacrée par le tribunal administratif de Lille suit donc le même régime que l'action en reprise des relations contractuelles : d'une part, la poursuite des relations contractuelles au travers du rétablissement de l'état antérieur du contrat et l'indemnisation du cocontractant demeurent la règle ; d'autre part, le juge du contrat n'est pas doté d'un pouvoir d'annulation de la mesure de modification unilatérale ; enfin, ce recours doit être exercé dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle le cocontractant a été informé de la mesure de modification unilatérale. Au demeurant, comme dans le cadre de l'action en reprise des relations contractuelles, l'ensemble des pouvoirs du juge de plein contentieux doit s'exercer en tenant compte de la gravité des vices constatés, de l'application du principe de loyauté des relations contractuelles, des intérêts en présence et de l'objectif de stabilité des relations contractuelles.

31. CE, 20 mai 1994, n° 66377, *Sté le Gardiennage industriel* : *JurisData* n° 1994-043602.

32. CE, 20 mai 1952, *Gleize* : *Rec. CE* p. 268.

33. CE, 19 déc. 2012, n° 350341, *Sté AB Trans* : *JurisData* n° 2012-030068.

34. Dans sa dernière version issue de A. 8 sept. 2009 : *JO* 1^{er} oct. 2009, p. 15907.

35. CAA Lyon, 4 juill. 2013, n° 12LY02398, *Sté BRB Construction*.

36. CE, 21 mars 2011, n° 304806, *Cne Béziers* : *JurisData* n° 2011-004285 ; *JCP E* 2011, 1304.

37. TA Lille, 20 févr. 2013, n° 1005463, *Sté Lyonnaise des eaux de France*.

Au niveau international, le programme Action 21⁵ est souvent cité comme le premier exemple de l'engagement d'une intégration du développement durable dans les politiques publiques. Les participants y furent appelés à intégrer des préoccupations de développement durable dans leurs processus de décision. Cette invitation fut réitérée au cours du sommet mondial pour le développement durable tenu en 2002 à Johannesburg, dont le rapport encourage « les autorités compétentes à tous les niveaux à prendre le développement durable en considération dans le processus de décision »⁶.

Et au niveau national, les réticences historiques à l'intégration de ces préoccupations dans le droit des marchés publics ont progressivement été levées. L'engagement de prise en compte du développement durable est repris à l'article 6 de la Charte de l'environnement, qui dispose que « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable » et dont il est rappelé qu'il intègre « la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social ».

L'article 5 du Code des marchés publics retranscrit ces dispositions en encourageant les pouvoirs adjudicateurs à intégrer les objectifs de développement durable dans la définition de la nature et de l'étendue de leurs besoins.

Et plusieurs dispositions du même code offrent des outils permettant la prise en compte d'objectifs de nature environnementale ou sociale à diverses étapes de la passation d'un marché public. C'est le cas des critères de choix environnementaux et sociaux qui figurent désormais expressément sur la liste, indicative, des critères proposés aux pouvoirs adjudicateurs à l'article 53 du Code des marchés publics.

Si la jurisprudence nationale a opposé de fortes réticences à l'utilisation de ces critères par les acheteurs publics pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, le Conseil d'État, par un récent coup d'éclat, a finalement opéré un assouplissement considérable de sa position⁷. Il a ainsi ouvert la voie à un recours sécurisé aux critères environnementaux et sociaux. Cet arrêt constitue l'occasion de faire le point sur les conditions dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs ont désormais la possibilité de recourir à ces critères de choix dans le cadre de leurs procédures de passation de marchés publics.

1. Le choix du recours aux critères environnementaux et sociaux

Le rôle d'impulsion décisif joué par la Cour de justice de l'Union européenne a contribué à l'institution de fondements textuels solides, tant en droit national qu'en droit communautaire pour l'usage de ces critères (A). Le récent infléchissement opéré par le juge national devrait permettre de leur redonner une portée pratique effective dans la commande publique (B).

A. - L'apparition tardive de fondements textuels

Avant toute intégration textuelle des critères de choix environnementaux et sociaux, la Cour de justice de l'Union européenne a largement œuvré en leur faveur par son interprétation constructive des directives *Marchés*. Dans son célèbre arrêt *Bentjens* de 1988⁸, la juridiction communautaire a admis la possibilité pour les acheteurs publics d'intégrer des critères sociaux dans l'attribution de leurs marchés. Mais si elle a reconnu que la condition de l'emploi de chômeurs de longue durée imposée aux candidats à un marché public de travaux était compatible avec le droit communautaire des marchés publics, c'est en qualifiant cette condition non de critère de sélection au sens des textes, mais de « condition particulière supplémentaire ». Cette nuance terminologique a alimenté le débat, certains auteurs refusant d'y voir la véritable consécration d'un critère de choix social.

En France, une circulaire interministérielle du 29 décembre 1993⁹ a ensuite proposé aux acheteurs publics de faire du critère de la lutte contre le chômage et de l'insertion professionnelle un critère additionnel d'attribution des marchés publics. Le Conseil d'État toutefois, saisi de la légalité de cette circulaire, a implicitement interdit aux acheteurs publics de recourir au critère social en qualifiant les dispositions de la circulaire de « simple déclaration d'intention » insusceptible de revêtir un caractère réglementaire¹⁰.

Et c'est à l'occasion de cette affaire que le commissaire du Gouvernement Stéphane Fratacci systématisa la doctrine dite de la « neutralité du droit des marchés publics » selon laquelle la commande publique serait hermétique à la prise en compte de considérations non strictement liées au besoin économique de l'acheteur public.

Un recours en manquement contre la France donnera quelques années plus tard l'occasion à la Cour de justice de l'Union de se prononcer sans équivoque en faveur du critère social, coupant court au débat sur la portée de l'arrêt *Bentjens*. Dans son arrêt *Commission contre République française*¹¹ en effet, la juridiction communautaire jugea, à propos de marchés de travaux comportant un critère additionnel relatif à la lutte contre le chômage, que l'absence de critères sociaux dans la liste de critères indicatifs énumérés par la directive « n'exclu[ait] pas toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'utiliser comme critère une condition liée à la lutte contre le chômage ».

L'affaire *Concordia Bus Finland*¹² de 2002 lui donna ensuite l'occasion de consacrer l'utilisation d'un critère de nature environnementale par des acheteurs publics. La Cour affirma dans cet arrêt, relatif au critère « écologique » retenu par la ville d'Helsinki pour la passation d'un marché public lié à la gestion de son réseau d'autobus, que la directive « n'exclu[ait] pas la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'utiliser des critères

5. Adopté par les Nations Unies à l'occasion de la conférence sur l'environnement et le développement durable de Rio en 1992.

6. *Rapport du sommet mondial pour le développement durable, Johannesburg*, pt 19.

7. CE, 25 mars 2013, n° 364950, Dpt Isère : *JurisData* n° 2013-005637 ; *JCP E* 2013, act. 277.

8. CJCE, 20 sept. 1988, aff. 31/87, *Gebroeders Bentjens BV c/ État des Pays-Bas*.

9. *Circ. interministérielle CAB/TEFP* n° 93-147, 29 déc. 1993.

10. CE, 10 mai 1996, *Féd. nationale des travaux publics et Féd. nationale du bâtiment* : *Rec. CE*, p. 164.

11. CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-225/98, *Commission c/ République française*.

12. CJCE, 17 sept. 20010, aff. C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*.

relatifs à la préservation de l'environnement dans le cadre de l'appréciation de l'offre économiquement la plus avantageuse ».

Et d'ajouter une précision fondamentale au regard des interrogations suscitées par l'emploi de ces critères en jugeant qu'il ne pouvait être exclu « que des facteurs qui ne sont pas purement économiques puissent affecter la valeur d'une offre au regard dudit pouvoir adjudicateur ».

En admettant la licéité de ces deux types de critères de manière quasi simultanée, elle valida le raisonnement de son avocat général Mischo, selon lequel l'admission du recours au critère social impliquait logiquement l'admission du critère de « mieux disant » environnemental dès lors qu'elle validait la sélection d'entreprises au moyen d'objectifs d'intérêt général. Ces nouveaux critères ont été pris en compte par la directive du 31 mars 2004, qui dispose dans son 5^e considérant, rappelons-le, que les pouvoirs adjudicateurs peuvent « contribuer à la protection de l'environnement et à la promotion du développement durable tout en leur garantissant la possibilité d'obtenir pour leurs marchés le meilleur rapport qualité/prix ». Cette directive ajoute dès lors, dans son article 53, à la liste des critères susceptibles d'être pris en compte dans le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, « les caractéristiques environnementales » de ladite offre.

En revanche, elle reste plus discrète sur le critère social d'attribution, qui ne figure pas au nombre des critères énumérés par la directive, mais dont le 46^e considérant précise que « le pouvoir adjudicateur peut utiliser des critères visant à la satisfaction d'exigences sociales répondant notamment aux besoins – définis dans les spécifications du marché – propres à des catégories de population particulièrement défavorisées auxquelles appartiennent les bénéficiaires/utilisateurs des travaux, fournitures, services faisant l'objet du marché ».

La doctrine française de neutralité du droit des marchés publics ayant été clairement désavouée, une évolution textuelle était indispensable. Cette évolution a été réalisée en deux temps, par le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des marchés publics, qui a ajouté à la liste de l'article 53 du code un critère des « performances en matière de protection de l'environnement » tout d'abord, puis par la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, dite loi *Borloo*, ensuite, qui a complété cette liste par un critère de « performances en matière d'insertion sociale des publics en difficulté ». Il peut enfin être souligné que l'article 24 du décret du 30 décembre 2005¹³ relatif aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics unifie le droit positif en proposant aux pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 de recourir aux mêmes critères environnementaux et sociaux.

B. - L'assouplissement de l'exigence de lien entre le critère et l'objet du marché

Malgré l'intégration textuelle des critères environnementaux et sociaux, le Conseil d'État a longtemps été réservé à l'encontre du recours à ces critères par les acheteurs publics. En se livrant à une interprétation restrictive de l'une des conditions de mise en œuvre du critère social, il a largement paralysé son utilisation, de sorte que le critère a pu être qualifié de « mort né »¹⁴.

En effet, l'article 53 du Code des marchés publics ne permet pas le recours aux critères énumérés de manière inconditionnelle. Aux termes de cet article, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur choisit de fonder son choix sur une pluralité de critères, ceux-ci doivent être non discriminatoires et liés à l'objet du marché.

C'est sur la condition tirée de l'existence d'un lien entre le critère de choix retenu par le pouvoir adjudicateur et l'objet du marché que les difficultés se sont principalement concentrées.

Au préalable, il faut noter que cette exigence de lien avec l'objet du marché n'est pas absente de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, la juridiction communautaire l'a consacrée, à propos du critère environnemental, dans son arrêt *Concordia Bus Finland* précité, en jugeant qu'« une offre se rapportant nécessairement à l'objet du marché, il s'ensuit que les critères d'attribution pouvant être retenus conformément à ladite disposition doivent, eux aussi, être liés à l'objet du marché ».

En droit interne, le juge donna raison, dans son arrêt *Commune de Gravelines*, au juge des référés qui avait retenu qu'un critère social « était sans rapport avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution » à propos d'un marché de travaux¹⁵.

Ainsi, la condition de lien avec l'objet du marché devait être comprise dans son acception la plus stricte : un critère social ne pouvait valablement être mis en œuvre que lorsque la nature des prestations demandées était en rapport direct avec une action d'insertion, c'est-à-dire plus concrètement lorsque le marché avait pour objet même la mise en œuvre d'une telle action.

Le rapporteur public Gilles Pellissier releva à cet égard dans ses conclusions sous l'arrêt *Département de l'Isère*¹⁶ que, « cantonner l'usage [des critères sociaux] aux marchés dont l'objet présente un caractère social conduit pratiquement à le neutraliser car ces marchés non seulement sont très peu nombreux, mais en plus ils ne sont pas soumis aux procédures d'appel d'offres ».

Dans la pratique, les acheteurs publics ont souvent détourné cette difficulté en ne recourant aux critères sociaux au travers

13. D. n° 2005-1742, 30 déc. 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

14. H. Pongérard-Payet, *Le critère social exprès d'attribution : un cadeau en trompe l'œil fait aux élus*, préc.

15. Dans cet arrêt, le Conseil d'État a considéré que le juge des référés n'avait pas commis d'erreur de droit « en relevant que le critère additionnel retenu par la commune était sans rapport avec l'objet du contrat ou avec ses conditions d'exécution » (CE, 25 juill. 2001, n° 229666 : *JurisData* n° 2001-062795).

16. G. Pellissier, *À quelles conditions le critère social peut-il être utilisé pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ?* : *BJCP* n° 89, 2013, p. 269.

de l'insertion d'une clause d'exécution comportant des éléments à caractère social, comme l'article 14 du Code des marchés publics le leur permet. Ainsi, le marché était revêtu d'un objet social et, par suite, le critère de « mieux disant » social n'était pas dépourvu de lien avec l'objet dudit marché.

Cette conception stricte du lien avec l'objet du marché avait été récemment réaffirmée par la cour administrative de Douai à propos d'un marché de déménagement dans les établissements publics locaux d'enseignement, celle-ci ayant jugé que les prestations du marché ne présentaient « par nature » aucun lien avec des performances en matière d'insertion de publics en difficulté¹⁷.

L'arrêt *Département de l'Isère*, dans le sens des conclusions de son rapporteur public Gilles Pellissier, marque une rupture significative avec la jurisprudence antérieure. La Haute assemblée juge ainsi, à propos d'un marché de travaux de renforcement et de renouvellement de chaussées, que « dans le cadre d'une procédure d'attribution d'un marché qui, eu égard à son objet, est susceptible d'être exécuté, au moins en partie, par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire et lui permet d'apprécier objectivement ces offres ».

Elle censure ainsi la position de la cour administrative d'appel qui avait jugé, dans la lignée de la jurisprudence antérieure, « que, par nature et indépendamment des personnels susceptibles d'être concernés par l'exécution du marché, les travaux de renforcement et de renouvellement de chaussées prévus par le marché litigieux ne présentent aucun lien direct avec l'insertion professionnelle des publics en difficulté ».

Désormais, un critère social remplit donc la condition de lien avec l'objet du marché dès lors que le critère porte sur des conditions de réalisation pertinentes au regard de l'objet du marché en cause. Autrement dit, la condition de lien avec l'objet du marché est à présent satisfaite s'il n'y a pas d'absence de lien entre le critère et l'objet du marché ou ses conditions d'exécution, ce qui ne signifie pas pour autant qu'elle sera toujours remplie. Un critère de choix lié par exemple aux qualités propres de l'attributaire, indépendamment de l'objet du marché, ne pourra valablement être retenu¹⁸. La jurisprudence future apportera certainement davantage de précisions sur les limites de la « présomption de légalité » des critères sociaux posée par l'arrêt *Département de l'Isère*¹⁹.

En outre, le Conseil d'État précise dans cet arrêt que le critère social peut être retenu sans que des exigences de cette nature ne soient reprises dans le cadre de clauses sociales d'exécution qui seraient insérées au cahier des charges en

application de l'article 14 du Code des marchés publics, confirmant ainsi l'autonomie des critères environnementaux et sociaux avec l'insertion de telles clauses.

“ Un critère relatif à la préservation de l'environnement peut être utilisé par le pouvoir adjudicateur ”

Pour autant, il ne semble pas interdire à l'acheteur public de recourir simultanément à ces deux mécanismes. Au contraire, cette combinaison lui permettra d'assurer, dans un second temps, le suivi des engagements pris par l'entreprise attributaire.

Enfin, on peut souligner, à l'instar d'Alain Ménéménis²⁰, que l'assouplissement opéré par le Conseil d'État dans l'arrêt *Département de l'Isère* lui fut certainement inspiré par un arrêt rendu peu avant par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans son arrêt *Commission contre Pays Bas* de 2012, cité par le rapporteur public Gilles Pellissier dans les conclusions précitées, la juridiction communautaire avait jugé nécessaire « d'admettre que les pouvoirs adjudicateurs sont légalement autorisés à choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social, lesquelles peuvent concerner les utilisateurs ou les bénéficiaires des travaux, des fournitures ou des services faisant l'objet du marché, mais également d'autres personnes ». Elle avait ainsi clairement reconnu la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de recourir à des critères ayant des effets extrinsèques par rapport à l'objet du marché²¹.

2. Les conditions du recours aux critères environnement et sociaux

Si l'exigence d'un lien du critère avec l'objet du marché a occupé une place toute particulière dans la jurisprudence, elle ne doit pas faire oublier les autres conditions qui s'imposent aux pouvoirs adjudicateurs dans la mise en œuvre de critères environnementaux et sociaux. Ces conditions, énoncées par la Cour de justice de l'Union européenne avant d'être codifiées dans les textes, sont au nombre de quatre : il est possible de recourir à ces critères sous réserve qu'ils soient « liés à l'objet du marché, ne confèrent pas audit pouvoir une liberté inconditionnée de choix, [soient] expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et respectent tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination ».

Les conditions de respect du principe de non-discrimination (A) et d'absence de liberté inconditionnelle (B) laissée à l'acheteur public, retiendront notre attention. Si ces conditions sont communes à tout critère de choix utilisé par un pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, elles ont donné lieu à des développe-

17. CAA Douai, 29 nov. 2011, n° 10DA01501, *Région Nord Pas de Calais*.

18. La Cour de justice de l'Union avait d'ailleurs pu juger que la condition de lien avec l'objet du marché n'était pas remplie à propos d'un critère de choix fondé la production d'électricité des soumissionnaires à partir de sources d'énergie renouvelables au delà de la quantité de production prévue pour la réalisation de l'objet du marché, CJCE, 4 déc. 2003, aff. C-448/01, *EVN Wienstrom*.

19. S. Braconnier, *Retour gagnant du mieux-disant social dans les marchés publics* : *Revue de droit immobilier* 2013, p. 365.

20. A. Ménéménis, *Critères sociaux : la nouvelle donne* : *achatpublic.com*.

21. CJCE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, *Commission c/ Pays-Bas*, pt 85.

ments particulièrement intéressants dans les domaines qui nous occupent.

A. - Le respect du principe de non-discrimination

Ainsi que la Cour de justice de l'Union l'a jugé dans son arrêt *Concordia Bus Finland*, un critère relatif à la préservation de l'environnement peut être utilisé dès lors qu'il respecte « tous les principes fondamentaux du droit communautaire, notamment le principe de non-discrimination ».

Cette exigence a également été consacrée à propos du critère social dans l'arrêt *Bentjees* de 1988, dans lequel la juridiction communautaire a précisé que « l'exigence d'employer des chômeurs de longue durée pourrait notamment enfreindre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité (...) au cas où il s'avérerait que cette condition ne pourrait être remplie que par les soumissionnaires nationaux, ou qu'elle serait plus difficilement remplissable par des soumissionnaires provenant d'autres États membres ».

En droit interne, l'exigence de respect du principe de non-discrimination est la première énoncée à l'article 53 du Code des marchés publics, aux termes duquel le pouvoir adjudicateur peut se fonder, pour attribuer le marché, sur « une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ».

Plusieurs exemples tirés de la jurisprudence permettent d'illustrer l'application du principe de non-discrimination dans les marchés publics.

Ainsi, il a été jugé que les acheteurs publics ne pouvaient « écarter les candidatures de certaines entreprises au seul motif que leur chiffre d'affaires serait trop important au regard du montant des marchés »²² afin de favoriser les entreprises de petite taille. Ils ne peuvent pas non plus décider « d'attribuer le marché de préférence à une entreprise locale (...) dans le souci de favoriser le maintien des emplois locaux et l'acquittement, au bénéfice de la commune, des taxes professionnelles »²³.

Le Conseil d'État a rappelé ce principe essentiel dans son arrêt *Département de l'Isère*, en jugeant que « le pouvoir adjudicateur peut légalement prévoir d'apprécier les offres au regard du critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté dès lors que ce critère n'est pas discriminatoire ».

En conséquence, un critère de « mieux disant » social ou environnemental n'est légal que s'il ne conduit pas à discriminer, directement ou indirectement, certaines catégories d'entreprises.

D'emblée, on relèvera que cette condition n'est pas aisée à mettre en œuvre : elle nécessite d'appréhender la distinction entre critère de choix « normalement » ou « anormalement discriminant », ou, comme l'a relevé un auteur, de « tracer la frontière entre le critère simplement discriminant et le critère illégalement discriminatoire »²⁴.

Par exemple, l'utilisation de critères environnementaux et sociaux peut présenter le risque de favoriser les plus grandes

entreprises, plus à même de disposer des outils nécessaires pour mesurer l'impact environnemental de leurs activités et des moyens financiers pour les influencer favorablement. L'appréciation du respect de cette condition repose nécessairement sur une analyse *in concreto* des effets du critère sur les opérateurs mis en concurrence pour la passation du marché en cause. La nécessité d'une telle appréciation a été confirmée dans l'arrêt *Bentjees* de 1986, la Cour ayant jugé qu'il revenait au juge national de vérifier « compte tenu des toutes les circonstances de l'espèce, si l'exigence d'une telle condition a ou non une incidence discriminatoire directe ou indirecte ».

Il convient, en particulier afin de ne pas discriminer certaines catégories de soumissionnaires, de respecter un rapport de proportionnalité entre l'objet du marché et le poids attribué au critère environnemental et social retenu. À cet effet, la pondération constitue un instrument particulièrement pertinent. En effet, c'est concrètement par l'effet d'une trop forte pondération du poids de ces critères par rapport à l'objet du marché que certaines catégories d'entreprises seront concrètement susceptibles d'être discriminées. C'est la raison pour laquelle les acheteurs publics ont souvent été invités à se montrer prudents dans le choix de la pondération du critère environnemental ou social auquel ils entendaient recourir²⁵.

Aucun seuil de pondération n'est fixé en l'état du droit mais certains auteurs ont préconisé de ne pas franchir la limite des 15 % de la note finale²⁶. Ce seuil a d'ailleurs été admis par le Conseil d'État dans l'arrêt *Département de l'Isère*.

On peut noter que, par une ordonnance du 21 février 2011²⁷, le juge des référés du tribunal administratif de Fort de France avait validé l'insertion de critères environnementaux et sociaux pondérés respectivement à hauteur de 10 % de la note finale dans le cadre d'un marché de nettoyage et d'entretien des voies et espaces publics.

De son côté, la Cour de justice de l'Union est allée jusqu'à admettre, dans son principe, la pondération d'un critère lié à la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables à hauteur de 45 % compte tenu de l'objet du marché en cause²⁸.

B. - L'interdiction d'une liberté de choix inconditionnelle

Cette absence de liberté est l'un des corollaires des principes énoncés à l'article 1 du Code des marchés publics dont on rappellera qu'ils sont la « liberté d'accès à la commande publique, [l]'égalité de traitement des candidats et [la] transparence des procédures ». Le respect de ces principes implique en effet que les critères utilisés par le pouvoir adjudicateur soient définis de manière précise et intelligible pour les opérateurs économiques souhaitant participer à la procédure de passation.

22. CE, 13 mai 1987, n° 39120, *Wanner Sanofi Isolation* : *JurisData* n° 1987-606336.

23. CE, 29 juill. 1994, n° 131562, *Cne Ventenac en Minervois* : *JurisData* n° 1994-048213.

24. F. Leproux, *De l'utilisation des critères environnementaux et sociaux* : *achatpublic.com*.

25. V. notamment, C. Bergeal, *Les clauses sociales dans le Code des marchés publics* : *Revue Contrats Publics*, n° 122, juin 2012.

26. V. notamment, J. Sirinelli, *La revalorisation du critère des performances en matière d'insertion des publics en difficulté* : *RJEP* 2013, comm. 31. – P. Loquet, *Comment manier les clauses sociales après le revirement de jurisprudence du Conseil d'État* : *Le Moniteur.fr*, 24 avr. 2013.

27. TA Fort de France, ord., 21 févr. 2011, n° 11-00060, *Sté Clear Garden SA*.

28. CJUE, 4 déc. 2003, *EVN AG et Wienstrom*, préc.

Dans son 46^e considérant, la directive du 31 mars 2004 dispose dans le même sens que « les critères d'attribution devraient permettre de comparer les offres et de les évaluer de manière objective », et ce « afin de garantir l'égalité de traitement » entre candidats.

L'interdiction faite au pouvoir adjudicateur de disposer d'une liberté inconditionnelle ressort, tout comme les autres conditions de légalité des critères de choix, de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Ainsi, dans son arrêt *Bentjees*, la juridiction communautaire a jugé qu'un critère de « mieux disant social » serait incompatible avec les dispositions de la directive du 31 mars 2004 s'il avait « pour effet de conférer aux pouvoirs adjudicateurs une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché en cause à un soumissionnaire ». Il serait en revanche licite s'il conférerait aux pouvoirs adjudicateurs « un pouvoir d'appréciation en vue de comparer les différentes offres et de retenir la plus avantageuse, sur la base de critères objectifs ».

Et dans l'arrêt *Concordia Bus Finland* du 17 septembre 2002, la même exigence a été posée concernant un critère visant à la préservation de l'environnement. Pour la Cour, le respect des principes communautaires imposait que « les critères d'attribution soient objectifs » et ce afin d'assurer « que la comparaison et l'évaluation des offres se fassent de manière objective et donc dans des conditions de concurrence effective ».

Cette condition ressort également de la jurisprudence nationale. Dans un arrêt du 28 avril 2006²⁹, le Conseil d'État a censuré une procédure lancée par la commune de Toulouse pour la passation d'un marché de mobilier urbain au motif que, en « donnant [au critère esthétique] une place prépondérante sans fournir (...) aucune indication sur ses attentes en la matière », la commune de Toulouse s'était illégalement conférée une liberté de choix discrétionnaire. La Haute juridiction a ensuite précisé dans son arrêt *ANPE* du 30 janvier 2009³⁰, que « dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ».

Ce principe signifie donc, d'une part, que le pouvoir adjudicateur doit délivrer les indications claires et précises permettant aux soumissionnaires de répondre de manière satisfaisante à ses exigences et, d'autre part, que le critère doit permettre à ce pouvoir adjudicateur de comparer les offres en toute objectivité afin de retenir la plus pertinente au regard dudit critère.

Si cette condition n'est pas propre aux critères environnementaux et sociaux, son respect est particulièrement délicat les concernant, dans la mesure où ils ne présentent pas, par nature, de caractère économique. Cela implique que l'appréciation du « mieux disant » environnemental ou social soit fondée sur des indicateurs performants, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de choisir et de porter à la connaissance des soumissionnaires.

Autrement dit, les exigences du pouvoir adjudicateur en matière environnementale ou sociale doivent pouvoir être traduites en informations qualitatives ou quantitatives qui permettront cette comparaison objective.

Dans de récents arrêts, la jurisprudence, tant communautaire que nationale, a apporté des précisions intéressantes sur l'appréciation de cette condition en matière de critères environnementaux et sociaux. Ainsi, dans un arrêt du 10 mai 2012³¹, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé ses exigences en matière de critères environnementaux fondés sur des « écolabels ». Après avoir réaffirmé le principe selon lequel les critères devaient être « formulés de manière suffisamment intelligible, de manière à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés, et normalement diligents, d'en connaître la portée exacte et de les interpréter de la même manière », elle a précisé que le pouvoir adjudicateur ne pouvait se contenter de renvoyer, dans les documents de la consultation, à l'écolabel en cause mais était tenu d'indiquer avec précision les « critères sous-jacents » de cet écolabel, c'est-à-dire les caractéristiques techniques concrètes qui en conditionnent l'obtention.

“ Un acheteur public doit indiquer précisément les éléments pris en compte dans son appréciation de la satisfaction du critère environnemental ou social utilisé ”

Le Conseil d'État a récemment eu l'occasion d'appliquer ces principes dans l'arrêt *Derichebourg* précité rendu le 15 février 2013 à propos du « bilan carbone » exigé au titre de la notation d'un critère environnemental. Dans cet arrêt, l'annulation de la procédure de passation d'un marché est confirmée au motif que « pour attribuer une note au titre du sous-critère relatif à l'impact environnemental, regardé lui-même comme un critère de sélection, le pouvoir adjudicateur avait exigé la production d'un bilan carbone sans en préciser le contenu ni en définir les modalités d'appréciation ». En l'espèce, une entreprise avait vu son offre rejetée au motif que son « bilan carbone » ne prenait pas en compte certains éléments, lesquels n'avaient pourtant pas été précisés par le pouvoir adjudicateur dans les documents de la consultation. Le Conseil d'État juge que l'exigence de production d'un « bilan carbone » au titre du critère environnemental, sans précision sur le contenu ni les modalités de la réalisation de ce bilan, est de nature à faire naître des « incertitudes et des contradictions ».

La pertinence des indicateurs retenus a également semblé faire l'objet d'un contrôle par le Conseil d'État s'agissant d'un critère social. En effet, dans son arrêt *Département de l'Isère*, la Haute juridiction a pris le soin de relever, avant de valider le recours à un critère de performances en matière d'insertion

29. CE, 28 avr. 2006, n° 280197, *Cne Toulouse* : *JurisData* n° 2006-070072.

30. CE, 30 janv. 2009, n° 290236, *Agence nationale pour l'emploi Association PACTE* : *JCP E* 2009, 1253.

31. CJCE, 10 mai 2012, aff. C-368/10, *préc.*

des publics en difficulté, que le règlement de la consultation indiquait que cette performance serait appréciée « au vu des éléments indiqués par les candidats, lesquels doivent notamment indiquer les modalités d'accueil et d'intégration de la personne en insertion recrutée dans le cadre de l'exécution du marché, présenter son référent avec son éventuelle formation au tutorat ou indiquer la progression et la formation de la personne en insertion recrutée ».

Il en ressort qu'un acheteur public doit indiquer précisément les éléments pris en compte dans son appréciation de la satisfaction du critère environnemental ou social utilisé. Il est nécessaire que la méthode à laquelle il entend recourir pour juger les offres sur la base de ces critères soit clairement identifiée et détaillée dans les documents de la consultation. S'il entend recourir à une méthode de calcul préexistante, comme cela a pu être le cas de la commune de Colombes qui avait entendu dans l'arrêt *Derichebourg* se référer à la méthode proposée par l'ADEME pour le calcul du « bilan carbone », il doit à tout le moins l'indiquer clairement afin d'écarter toute ambiguïté.

Pour satisfaire à ces impératifs, il convient de mettre en place des indicateurs objectifs et efficaces. Certains auteurs ont pu en ce sens inviter les acheteurs publics à « proposer dans le dossier de consultation, une annexe bâtie à partir des indica-

teurs retenus et qui sera renseignée par les entreprises »³² ou encore à recourir à « des cadres de réponse, détaillant à la fois les indicateurs (sociaux ou environnementaux) couverts par les critères et les renseignements devant être fournis par les candidats aux fins d'évaluer leur offre »³³.

En l'absence de textes à ce sujet, il conviendra d'être attentif aux solutions dégagées par la jurisprudence afin de circonscrire le champ des indicateurs auxquels peuvent, en toute sécurité, recourir les pouvoirs adjudicateurs pour comparer les offres les « mieux disantes » en matière environnementale et sociale.

On rappellera, en conclusion, que la réforme imminente des directives *Marchés* va permettre d'apporter une pierre supplémentaire à l'encadrement sécurisé du recours aux critères environnementaux et sociaux pour le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, le nouveau texte ayant notamment pour objet de favoriser leur recours par les pouvoirs adjudicateurs³⁴.

32. P. Loquet, *Comment manier les clauses sociales après le revirement de jurisprudence du Conseil d'État*, préc.

33. F. Lepron, *De l'utilisation des critères environnementaux et sociaux*, préc.

34. PE, communiqué de presse, 27 juin 2013.

La Semaine Juridique Entreprise et affaires

ABONNEMENT

☐ **OUI**, Je m'abonne à la revue **pour toute l'année 2013** (43 numéros par an + tables annuelles) au prix de 509,48 €^{TTC*}.

Je recevrai donc également les numéros déjà parus depuis le début de l'année.

☐ Je m'abonne à partir du mois en cours au coût mensuel de 42,26 €^{TTC*}.

Je ne recevrai que les prochains numéros à paraître jusqu'à la fin de l'année.

ACHAT AU NUMÉRO

☐ Je commande le numéro paru de la revue : N° ____, Année ____

Je souhaite ____ exemplaire(s) au prix unitaire de 25,53 €^{TTC*}.

RELIURES

☐ Je commande la reliure permettant de conserver 4 mois de la revue.

Je souhaite ____ reliure(s) au prix unitaire de 24,27 €^{TTC*}.



Offre d'abonnement

A renvoyer par **Courrier** : LexisNexis - Relation client
141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15
ou par **Fax** : 01 45 58 94 00

Commande sur internet : <http://boutique.lexisnexis.fr/>

Votre numéro d'abonné LexisNexis

(si vous le connaissez)

☐ MLLE ☐ MME ☐ M. NOM/PRÉNOM

SOCIÉTÉ/ÉTABLISSEMENT

ADRESSE

CODE POSTAL

VILLE

TÉL

FAX

E-MAIL

NAF

SIRET

DATE/CACHET ET SIGNATURE

12SD180-SJE

Tarifs valables en France métropolitaine jusqu'au 31/12/2013. DOM-TOM et étranger : abonnement annuel 2013 : 538,92 €^{HT}, prix au numéro : 27,50 €^{HT}, reliure : 25,30 €^{HT}. * TVA : 2,1% sur la revue, 5,5% sur la reliure.

Sauf avis contraire de votre part avant le 1^{er} décembre, les abonnements LexisNexis se renouvellent par tacite reconduction d'année en année. Les conditions générales de vente et d'abonnement sont disponibles sur le site : www.lexisnexis.fr. Conformément à la législation, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant. Ces informations sont à destination de notre fichier prospects/clients et à des fins de prospection commerciale. 552 029 431 RCS Paris.

0 821 200 700

0,112€ puis 0,09€/min à partir d'un poste fixe

Obligation de publicité

34

PUBLICITÉ DES SOUS-CRITÈRES ET DES MÉTHODES DE NOTATION DANS LES MARCHÉS PUBLICS

Étendue de l'obligation

Article rédigé par :

Thomas ROUVEYRAN,
avocat Associé, Seban & Associés

et

Jessica JOUAN,
élève avocat, Cabinet Seban & Associés



Le juge administratif a étendu l'obligation de publicité des sous-critères à leurs modalités de mise en œuvre (pondération et hiérarchisation), dont la nature et l'importance sont susceptibles d'exercer une influence déterminante sur la présentation des offres des candidats au marché. C'est alors l'exercice du contrôle juridictionnel qui permet de déterminer les obligations imposées aux pouvoirs adjudicateurs en la matière, comme le démontre l'analyse d'importantes décisions récemment rendues par le Conseil d'État, nous apportant ainsi un utile éclairage sur l'approche actuelle du juge administratif quant à l'exigence plus générale de transparence qui s'impose aux acheteurs publics.

Les sous-critères et les méthodes de notation sont aujourd'hui la source d'un important contentieux dans le domaine des marchés publics. En effet, c'est en vertu des principes essentiels de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, inscrits à l'article 1^{er} du Code des marchés publics que le pouvoir adjudicateur est tenu de déterminer et communiquer dès le début de la mise en concurrence l'ensemble des éléments devant lui permettre de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse.

La jurisprudence a tenté de définir les contours, en particulier, des notions de sous-critères et de méthode de notation,

pour distinguer les informations qui doivent obligatoirement être transmises aux candidats de celles dont la communication demeure simplement facultative.

Il est vrai que la notion de sous-critère est inconnue du droit communautaire (aucune référence n'est faite dans la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004) et absente des textes nationaux (l'article 53 du Code des marchés publics porte uniquement sur les critères de sélection des offres).

Seule la circulaire du 14 février 2012 relative au guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics y fait explici-

tement référence¹. Elle précise qu'ils doivent être portés à la connaissance des candidats. D'une part, ainsi, les entreprises candidates sont précisément informées en amont des modalités de sélection des offres ; d'autre part, elles répondent, sur un pied d'égalité, à un besoin du pouvoir adjudicateur clairement identifié.

Progressivement en effet, le juge administratif a étendu l'obligation de publicité des sous-critères à leurs modalités de mise en œuvre (pondération et hiérarchisation), dont la nature et l'importance sont susceptibles d'exercer une influence déterminante sur la présentation des offres des candidats au marché (1). C'est alors l'exercice du contrôle juridictionnel qui permet de déterminer les obligations imposées aux pouvoirs adjudicateurs en la matière, comme le démontre l'analyse d'importantes décisions récemment rendues par le Conseil d'État, nous apportant ainsi un utile éclairage sur l'approche actuelle du juge administratif quant à l'exigence plus générale de transparence qui s'impose aux acheteurs publics (2).

1. Le contenu de l'obligation de publicité des sous-critères et des méthodes de notation

A. - L'absence d'obligation de publicité des méthodes de notation

D'emblée, il sera relevé en effet que la méthode de notation des offres n'a pas à être mentionnée dans l'avis de publicité ou les documents de la consultation² ; elle n'est donc soumise à aucune obligation de publicité. La circulaire précitée du 14 février 2012 rappelle à cet égard très clairement qu'« en procédure formalisée³, comme en procédure adaptée⁴, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de mentionner les méthodes de notation dans l'avis de publicité ou le règlement de la consultation »⁵. En effet, comme l'a rappelé plus récemment encore le Conseil d'État, « le pouvoir adjudicateur n'était pas tenu de communiquer aux candidats les éléments relatifs à la méthode de notation des offres, tels que la note correspondant au prix moyen des offres présentées »⁶. Rappelons néanmoins que cela ne permet pas pour autant à un pouvoir adjudicateur de modifier, en cours de procédure, la méthode de notation mentionnée dans un règlement de consultation⁷.

Dans le sens d'une évolution de la jurisprudence vers plus de transparence dans les procédures d'attribution, il n'est toutefois pas exclu que l'obligation de publicité implique prochainement la communication aux candidats de cette méthode de notation. Dans une ordonnance du 29 avril 2010, le juge des référés du tribunal administratif d'Orléans précisait ainsi que le choix de la méthode de notation doit respecter les principes fondamentaux de la commande publique et le pouvoir adjudicateur doit donc pouvoir en justifier devant le juge. Et le même tribunal n'a pas hésité à annuler une procédure de passation au motif que « les indications précitées du règlement de la consultation relatives à l'évaluation du critère de la valeur technique du matériel conféraient au pouvoir adjudicateur, en raison de leur imprécision résultant en particulier de l'emploi du terme « notamment » et dès lors qu'aucun autre document du dossier de consultation ne suppléait cette imprécision, une liberté de choix discrétionnaire s'agissant du critère de la valeur technique lequel était prépondérant dans la notation des offres (...) »⁸.

En l'absence par ailleurs de définition de la notion de méthode de notation, le juge s'est octroyé le pouvoir de requalifier un sous-critère en méthode de notation (arrêt *Commune d'Ajaccio*, précité) et réciproquement⁹.

Dans cette dernière affaire, relative à la passation d'un marché de travaux passé en procédure adaptée, le critère « valeur technique » était décomposé en trois sous-critères. Après analyse, le juge a considéré que ces sous-critères ne constituaient pas une simple méthode de notation et auraient donc dû être mentionnés dans les documents de consultation dès lors qu'un des sous-critères, qui comptait pour 20 points sur les 30 attribués au critère de la valeur technique, était de nature à influencer la présentation des offres.

B. - La consécration de l'obligation de publicité des sous-critères

La question de l'obligation de publicité des sous-critères a quant à elle été clairement tranchée et c'est le juge communautaire qui, en premier, a indiqué que les sous-critères devaient être portés à la connaissance des candidats et ne pouvaient en aucun cas être fixés *a posteriori*, faute de quoi la personne publique contreviendrait alors « manifestement à l'obligation de publicité prévue par l'article 36, § 2 de la directive 92/50/CE, lu à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de l'obligation de transpa-

1. Circ. 14 févr. 2012, art. 15.1.1.2. : « Afin de permettre aux candidats d'être « raisonnablement informés » et d'interpréter les critères d'attribution de la même manière, le caractère assez subjectif de critères tels que « la valeur technique de l'offre » ou son « caractère esthétique », impose à l'acheteur public de définir, avec précision, ce qu'il entend par ce critère, en ayant recours à des sous-critères. Ces sous-critères doivent alors, également, être objectifs, opérationnels et non discriminatoires ».

2. CE, 2 août 2011, n° 348711, Syndicat Mixte de la Vallée de l'Orge Aval : *JurisData* n° 2011-015772.

3. CE, 23 mai 2011, n° 339406, Cne Ajaccio : *JurisData* n° 2011-009632 ; JCP A 2011, act. 405 ; JCP A 2011, 2331.

4. CE, 31 mars 2010, n° 334279, Collectivité territoriale de Corse : *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 240.

5. Circ., 14 févr. 2012, préc., art. 15.1.1.2.

6. CE, 18 déc. 2012, n° 362532, UGAP.

7. TA Rennes, 24 janv. 2012, n° 1200018, Sté Barillec SAS.

8. TA Orléans, ord., 15 janv. 2013, n° 1204125, Sté Novacyt : en l'espèce, l'insuffisance de précisions sur les conditions de mise en œuvre du critère de la valeur technique constituait un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui incombait au centre hospitalier, entraînant une lésion pour la société requérante au stade de l'examen des offres « dès lors qu'elle a obtenu, avant la négociation qui n'a d'ailleurs eu lieu qu'avec la Société Hologic France, la meilleure note au critère du coût (critère B) et au critère de la prestation SAV (critère C) et que la différence entre la note globale obtenue par elle avant négociation, soit 65,00, et celle obtenue par la société Hologic France, soit 68,32, n'est que de 3,32 points ».

9. CAA Nancy, 7 févr. 2013, n° 11NC01001, Sté Soprema entreprises SAS.

rence »¹⁰. Pour la Cour de justice en effet, la communication des sous-critères d'appréciation des offres revêt un caractère obligatoire et s'impose quelle que soit l'influence qu'ils exercent sur la présentation des offres¹¹. On notera que le juge communautaire n'opère pas ici de distinction entre sous-critères et simples éléments d'appréciation ; il impose seulement que « tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres ».

“ La juridiction suprême étend ainsi les exigences de publicité des sous-critères à leur pondération ou hiérarchisation ”

Le Conseil d'État a rejoint la position de la Cour de justice en considérant que « pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; que dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite retenir d'autres critères que celui du prix, l'information appropriée des candidats doit alors porter également sur les conditions de mise en œuvre de ces critères ; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer les critères d'attribution du marché et les conditions de leur mise en œuvre selon les modalités appropriées à l'objet, aux caractéristiques et au montant du marché concerné (...) »¹².

Ainsi, l'information « appropriée » des candidats porte non seulement sur les critères de sélection des offres mais, également, sur les modalités de leur mise en œuvre que sont les sous-critères.

C. - Une obligation de publicité étendue aux conditions de mise en œuvre des sous-critères

Dès 2009 également, le juge national a eu l'occasion de considérer que l'appréciation de la valeur technique d'une offre ne peut régulièrement prendre en compte un sous-critère affecté d'une importante pondération, non prévue dans les documents de la consultation¹³. Mais c'est à l'occasion de

l'arrêt *Commune de Saint-Pal-de-Mons* qu'il a explicitement étendu l'obligation de publicité des sous-critères à leur pondération ou hiérarchisation¹⁴, de la même manière qu'il avait précédemment étendu cette obligation aux conditions de mise en œuvre des critères de sélection des offres dans son arrêt précité *ANPE*. Dans l'affaire *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, le Conseil d'État a estimé que « si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre les critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent, en conséquence, être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ».

Si la juridiction suprême étend ainsi les exigences de publicité des sous-critères à leur pondération ou hiérarchisation, il ne le fait donc pas, néanmoins, de manière systématique : cette obligation ne vaut en effet que pour autant que les sous-critères, « eu égard à leur nature » et à « l'importance » de leur pondération ou hiérarchisation, « sont susceptibles d'exercer une influence » sur la présentation des offres ou leur sélection.

Et le Conseil d'État précise que ces sous-critères doivent alors « être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ». En d'autres termes, le régime de publicité applicable est le même, ce qui soulève diverses interrogations doctrinales sur le contenu de la notion de sous-critère et en particulier sa distinction avec la notion de critère¹⁵.

La jurisprudence administrative consacre dans tous les cas l'obligation de publicité qui incombe à l'Administration s'agissant des sous-critères et de leur pondération ou hiérarchisation et ce, quelle que soit la procédure d'attribution (formalisée ou adaptée). Le juge se reconnaît dans ces conditions un large pouvoir d'appréciation pour mesurer l'influence des conditions de mise en œuvre des sous-critères sur la présentation des offres.

Une application toute récente peut être relevée par un jugement du tribunal administratif de Paris qui, saisi du moyen tiré du défaut de publicité d'un sous-critère dans le cadre d'un recours *Tropic*¹⁶ contre un marché de gestion et d'exploitation d'immeubles de logements sociaux appartenant à l'État, a jugé que : « la capacité juridique des candidats à manier des fonds publics constituait, dans le cadre de la notation des « modalités de gestion locative », un réel sous-critère d'appréciation de leur offre qui revêtait une importance particulière pour le pouvoir adjudicateur ; que, par suite, la société Marnez est fondée à soutenir qu'en n'annonçant pas, de façon transparente, ce sous-critère d'appréciation et en ne l'affectant pas d'un taux de pondération qui aurait permis aux candidats

10. CJCE, 18 oct. 2001, aff. C-19/00, *SIAC Construction LTD c/ County Council of the County of Mayo*, consid. 42 et 44 : JCP E 2001, p. 1792. – CJCE, 24 janv. 2008, aff. C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis*.

11. CJCE, 12 déc. 2002, aff. C-470/99, *Universale-Bau e.a.*

12. CE, 30 janv. 2009, n° 290236, *ANPE* : *JurisData* n° 2009-074852 ; JCP E 2009, 1253.

13. CE, 1^{er} avr. 2009, n° 321752, *Min. État, Min. Écologie, Énergie, Développement durable et Aménagement du territoire* : *JurisData* n° 2009-075211.

14. CE, 18 juin 2010, n° 337377, *Cne Saint-Pal-de-Mons* : *JurisData* n° 2010-009438.

15. D. Guillou, *Critères, sous-critères et méthodes de notation : une distinction délicate ?* : *Contrats publics*, n° 129, févr. 2013, p. 36.

16. CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Sté Tropic travaux signalisations* : *JurisData* n° 2007-072199.

d'ajuster, en conséquence leur offre de prix (...) », la procédure était irrégulière et devait être annulée¹⁷.

Ainsi, le juge contrôle le respect des sous-critères annoncés, leur publicité et leur régularité au même titre qu'il exerce son contrôle juridictionnel sur les critères de sélection des offres.

2. Des obligations de publicité placées sous le contrôle du juge

Il n'est pas inutile de se reporter à nouveau à l'article 15.1.1.2 de la circulaire de février 2012 qui précise à cet égard que : « *pour pouvoir faire une offre répondant aux attentes de l'acheteur, les candidats doivent ainsi pouvoir avoir connaissance : – des caractéristiques techniques ou économiques attendues par l'acheteur, qui sont énoncées sous forme de critères et sous-critères ; – du poids de ces critères et sous-critères ; – des informations précises à fournir par les candidats pour chacun des critères et sous-critères. Les règles du jeu applicables doivent être connues à l'avance par les soumissionnaires* » et conclut sur le fait que ces sous-critères doivent être « *objectifs, opérationnels et non discriminatoires* ».

Si la personne publique méconnaît ses obligations de publicité et de mise en concurrence en ne respectant pas les choix annoncés dans la consultation, elle encourt la sanction. Néanmoins, cette sanction peut être graduée. La cour administrative d'appel de Versailles a eu l'occasion de préciser, dans le cadre d'un recours *Tropic*, que le défaut de publicité des sous-critères et de leur pondération n'entraînait pas nécessairement l'annulation du contrat¹⁸. Et dans l'affaire *Société Marnez SAS* précitée, le tribunal administratif de Paris a décidé en ce sens que « l'absence de publicité du sous-critère d'appréciation de la valeur technique des offres mentionné (...) ne constitue pas un vice d'une gravité telle qu'il puisse entraîner l'annulation du contrat litigieux ; qu'en revanche, cette irrégularité est de nature à justifier la résiliation du marché conclu (...) ».

La mission du juge est dans tous les cas de s'assurer que les choix de l'Administration respectent les principes essentiels de la commande publique et c'est au nom de ces principes que le juge administratif opère un triple contrôle. D'une part, il veille à ce que l'acheteur public respecte les sous-critères de choix annoncés dans les documents de la consultation et, d'autre part, le respect de la transparence dans l'affichage des sous-critères retenus.

S'agissant par ailleurs du contrôle sur la régularité des sous-critères, il faut rappeler que la marge de manœuvre reconnue au pouvoir adjudicateur pour déterminer les modalités de sélection des offres a pour conséquence de limiter le contrôle du juge à l'erreur manifeste d'appréciation ; c'est ce qu'énonce le Conseil d'État dans une affaire *Société American Express Voyages* : « s'il appartient au juge des référés précontractuels de relever un manquement aux obligations de mise en concurrence résultant de la définition par le pouvoir adjudicateur d'un système d'évaluation des offres susceptible de

conduire au choix de celle qui n'est pas économiquement la plus avantageuse, un tel manquement ne peut résulter que d'une erreur manifeste du pouvoir adjudicateur dans le choix des critères et de leurs modalités de mise en œuvre, eu égard aux diverses possibilités dont il dispose en la matière »¹⁹.

Le contrôle du juge ne porte donc pas sur l'opportunité du recours à tel ou tel critère ou sous-critères ni sur leur poids respectif. La sanction ne sera dès lors encourue que dans l'hypothèse – rare – où les modalités de sélection retenues ne permettent manifestement pas au pouvoir adjudicateur de retenir l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'analyse de la jurisprudence administrative permet de dresser un inventaire (nécessairement non exhaustif) du contenu précis des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'acheteur public en la matière.

A. - L'acheteur public ne peut ni ajouter ni supprimer de sous-critères

Le juge administratif vérifie notamment si l'acheteur a correctement appliqué, lors de la phase d'analyse des offres, les modalités de choix préalablement définies. À défaut, il y a sanction du choix effectué par l'Administration qui se fonde, d'une part, sur un sous-critère affecté d'un important coefficient si celui-ci n'a pas été prévu dans les documents de la consultation et, d'autre part, a exercé une influence sur la présentation des offres²⁰.

De même, la pondération étant intangible, elle doit être préalablement annoncée dans les documents de la consultation, de sorte qu'en présence d'un affichage des critères et sous-critères ainsi que des pondérations afférentes, le juge censure une procédure au motif que, lors de l'analyse, une évolution des pondérations avait été opérée²¹. Le juge vérifie ainsi que l'acheteur public respecte la transparence dans l'affichage des modalités de mise en œuvre des sous-critères, le degré d'information donné par l'acheteur public sur les modalités de choix devant être suffisant.

Cependant, il faut noter que le juge communautaire admet la légalité d'une décision de pondération des sous-critères intervenue en cours de procédure dès lors que trois conditions cumulatives sont remplies²² :

- cette décision ne doit pas « modifier les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou l'avis de marché » ;
- ni contenir « des éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation » ;
- ni avoir été « adoptée en prenant compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires ».

17. TA Paris, 9 juill. 2013, n° 1206820, *Sté Marnez SAS*.

18. CAA Versailles, 30 juin 2011, n° 09VE01384, *Sté STEM Propreté* : *JurisData* n° 2011-016972.

19. CE, 20 févr. 2013, n° 363244, *Sté American Express Voyages* : *JurisData* n° 2013-003239.

20. CE, 1^{er} avr. 2009, n° 321752, *Min. Écologie, préc.*

21. CE, 4 juill. 2012, n° 352714, *Min. Défense et Anciens combattants* : *JurisData* n° 2012-016247 ; *Contrats-Marchés publ.* 2012, comm. 271.

22. CJCE, 24 nov. 2005, aff. C-331/04, *ATI EAC Sir et a.*

Si la modification de la pondération en cours de procédure n'est donc pas totalement exclue, elle ne peut intervenir qu'à la condition qu'elle n'influence pas la présentation des offres, au regard des conditions posées par la Cour de justice.

B. - L'acheteur public ne peut prévoir des modalités de notation qui entraînent indirectement une modification des sous-critères affichés

La méthode de notation des offres échappe au contrôle du juge du référé précontractuel mais, comme vient de le rappeler le Conseil d'État : « sous réserve d'une erreur de droit ou d'une discrimination illégale »²³.

Cependant, il avait eu peu de temps avant l'occasion de considérer que le recours à des méthodes de notation conduisant à l'attribution de notes négatives constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; ce choix de méthode étant en effet susceptible de fausser la pondération initialement définie et communiquée aux candidats²⁴.

« L'Administration reste libre d'adopter toute méthode de notation dès lors qu'elle ne contrevient pas au principe d'égalité de traitement des candidats »

Par ailleurs, on relèvera avec intérêt une récente affaire opposant le département de l'Allier à la société SFR dans laquelle cette dernière contestait la méthode de notation retenue en raison de sa complexité et au fait que le candidat le mieux classé pour le critère de la valeur technique obtenait des points supplémentaires. Si le rapporteur public, Gilles Pélissier, dans ses conclusions sous cette affaire, précisait que : « nous serions donc volontiers enclins à vous proposer de censurer une méthode de notation qui attribuerait le maximum de points au candidat arrivé premier », il concédait dans le même temps que « la méthode retenue par le département de l'Allier est plus subtile, car les notes des autres candidats font également l'objet d'une réévaluation en fonction d'une règle de trois qui aboutit à augmenter les notes des autres candidats dans la mesure de l'écart qu'ils ont entre eux. (...) En résumé, la méthode de notation mise en place par le département de l'Allier amplifie les résultats de l'évaluation intrinsèque des offres, sans les déformer substantiellement ». Suivi par la Haute juridiction, celle-ci valida la méthode de notation retenue par le département en jugeant que ce dernier pouvait,

« sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats ni les obligations de publicité et de mise en concurrence, choisir une méthode de notation qui, s'agissant de l'évaluation du critère technique, permettait une différenciation des notes attribuées aux candidats, notamment par l'attribution automatique de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre »²⁵.

Malgré l'étendue du contrôle juridictionnel, l'Administration reste libre d'adopter toute méthode de notation dès lors qu'elle ne contrevient pas au principe d'égalité de traitement des candidats. Le Conseil d'État vient ainsi de juger qu'un pouvoir adjudicateur avait régulièrement défini une méthode de notation du critère relatif au prix, laquelle n'avait donc pas à être portée à la connaissance des candidats, en notant les candidats sur le montant total des sommes figurant sur le bordereau des prix unitaires ainsi que le niveau des rabais consentis sur les prix des matériaux non prévus par le bordereau général²⁶.

C. - L'acheteur public doit indiquer *a minima* les informations nécessaires à l'élaboration des offres des candidats

La jurisprudence impose ainsi un degré d'information suffisant pour permettre aux candidats d'élaborer leur offre, comme l'a confirmé le Conseil d'État dans son arrêt précité *Société American Express Voyages* s'agissant de l'étendue de l'obligation de publicité incombant à l'acheteur public²⁷. S'il est certain que les critères et sous-critères de sélection des offres et leurs conditions de mise en œuvre doivent être annoncés dès le lancement de la consultation, les candidats doivent également disposer des informations nécessaires à l'élaboration de leurs offres. Celles-ci sont contenues dans les documents de la consultation, constitués, aux termes de l'article 41 du Code des marchés publics, de « l'ensemble des documents et informations préparées par le pouvoir adjudicateur pour définir l'objet, les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché ou de l'accord-cadre ». Et il importe que ces informations soient exactes. Dans l'affaire *Société American Express Voyages*, l'information erronée portait sur l'estimation du besoin du pouvoir adjudicateur et emportait d'importantes conséquences financières pour l'acheteur. Or, cette information constituait pour la Haute assemblée un « élément essentiel à l'élaboration de leurs offres » par les candidats, justifiant l'annulation de la procédure d'attribution du marché.

Il appartient dans tous les cas au juge administratif d'assurer un juste équilibre entre, d'une part, la liberté de choix de l'acheteur public et, d'autre part, l'information appropriée des candidats.

23. CE, 11 mars 2013, n° 364551, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie : *JurisData* n° 2013-004369 ; JCP A 2013, act. 281.

24. CE, 18 déc. 2012, n° 362532, Dpt Guadeloupe : *JurisData* n° 2012-029899.

25. CE, 15 févr. 2013, n° 363854, 363855, 363856 et 363857, Sté SFR : *JurisData* n° 2013-002216 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 105.

26. CE, 25 mars 2013, n° 364951, Sté Cophignon : *JurisData* n° 2013-005662.

27. CE, 20 févr. 2013, préc.

Contrat

35 LES NOUVEAUX CONTRATS GLOBAUX DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Les CREM et REM

Article rédigé par :

Olivier METZGER,
avocat, Seban & Associés

et

François LEHOUX,
avocat, Seban & Associés



Régime dérogatoire à la commande publique, les marchés de conception, réalisation, d'exploitation ou de maintenance (CREM) et les marchés de réalisation, d'exploitation ou de maintenance (REM) permettent de recourir à un contrat global afin de « *remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique (...)* » (CMP, art. 73). Les marchés de CREM et de REM permettent en définitive aux acheteurs publics de disposer d'un outil « marché public » poursuivant un objectif de performance énergétique conforme aux orientations du Grenelle de l'environnement, tout en respectant le cadre communautaire. Le recours à ce type de contrat s'avère toutefois exigeant pour les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises candidates.

Au cours des dernières années, les préoccupations environnementales ont pénétré l'ensemble des domaines du droit et ne peuvent désormais plus être ignorées des acheteurs publics comme des entreprises. Le droit de la commande publique a suivi cette évolution afin de leur laisser une place importante et servir un objectif d'économie d'énergie.

Véritable régime dérogatoire à la commande publique, les marchés de conception, réalisation, d'exploitation ou de maintenance (CREM) et les marchés de réalisation, d'exploitation ou de maintenance (REM) permettent justement de recourir à un contrat global afin de « *remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique (...)* » (CMP, art. 73). Leur introduction, par le décret

du 25 août 2011¹, à l'article 73 du Code des marchés publics, tout comme dans les décrets fixant les règles applicables aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés², marque, après la célèbre décision de la Cour de justice des Communautés européennes *Concordia Bus Finland*³, une nouvelle étape au plan national dans la prise en compte des problématiques environnementales par la commande publique.

1. D. n° 2011-1000, 25 août 2011, modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, art. 20 : JO 26 août 2011, p. 14453 ; JCP E 2011, 1853.

2. D. n° 2011-1000, 25 août 2011, préc., art. 38 et 44.

3. CJCE, 17 sept. 2002, aff. C-513/99, *Concordia Bus Finland* : le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des critères relatifs à la préservation de l'environnement. – V. pour plus de précisions, T. Rouveyran et I. Haouas, *Les critères environnementaux et sociaux dans les marchés publics* : CDE 2013, dossier 33.

Derrière la volonté affichée de constituer un outil en faveur de la protection de l'environnement, le régime dérogatoire de ces contrats n'est toutefois pas sans susciter quelques interrogations quant au respect des principes du droit de la commande publique. L'on peut se demander raisonnablement si l'engouement des pouvoirs adjudicateurs pour ce type de contrat est toujours motivé par la recherche de la performance énergétique ou encore par la facilité – certes relative et discutable – du recours à un contrat global.

Si l'on se place du côté de l'acheteur, il semble assez séduisant pour un même projet de s'orienter vers la passation d'un contrat unique qui permettra d'assurer, pour un même ouvrage, sa conception, sa réalisation et sa future maintenance alors que le recours à des outils « classiques » nécessiterait, outre l'organisation d'une procédure de concours pour la passation d'un contrat de maîtrise d'œuvre, la mise en œuvre d'une procédure de passation pour le(s) marché(s) de travaux potentiellement en plusieurs lots, outre celle relative à la passation d'un marché de services pour l'entretien de l'ouvrage. Le recours aux CREM/REM peut aussi apparaître dans ces conditions comme le choix de la simplicité, de la rapidité et de la maîtrise des coûts.

Au plan juridique toutefois, la passation de ces contrats globaux peut représenter un nouvel élément de complexité venant fragiliser la délicate distinction entre, d'un côté, la catégorie des marchés publics et, de l'autre, celle des délégations de service public passées en application de la loi *Sapin* ou du Code général des collectivités territoriales : la différence peut être tenue entre l'exploitation/maintenance de l'ouvrage et l'exploitation du service public dont il est le support.

Aussi, après deux ans d'application de ces textes et une légitime période de rodage, il est nécessaire d'en faire un bilan en replaçant ces contrats spécifiques dans le paysage étoffé des contrats publics et de souligner les limites à leur recours.

Les marchés de CREM et de REM permettent en définitive aux acheteurs publics de disposer d'un outil « marché public » poursuivant un objectif de performance énergétique conforme aux orientations du Grenelle de l'environnement, tout en respectant le cadre communautaire (1). Le recours à ce type de contrat s'avère toutefois exigeant pour le pouvoir adjudicateur (2).

1. Quel cadre juridique pour les CREM et REM ?

A. - Une traduction des objectifs des lois Grenelle I et II qui s'insère dans un cadre communautaire

On rappellera utilement que la prise en compte d'une notion environnementale a été faite par la directive 2006/32/CE du 5 avril 2006 relative à l'efficacité énergétique dans les utilisations finales et aux services énergétiques, qui définit le contrat de performance énergétique comme « *un accord contractuel entre le bénéficiaire et le fournisseur (normalement une Société de Services Énergétiques) d'une mesure visant à améliorer l'efficacité énergétique, selon lequel des investissements dans cette mesure sont consentis afin de parvenir à un niveau*

d'amélioration de l'efficacité énergétique qui est contractuellement défini ». La même directive définit l'efficacité énergétique comme étant « *le rapport entre les résultats, le service, la marchandise ou l'énergie consacrée à cet effet* ».

C'est sur la base de cette définition que le droit interne va faire évoluer les cadres classiques de la commande publique. L'article 5, I de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009⁴ créé ainsi au plan interne les conditions permettant de donner naissance à des contrats globaux pouvant être conclus dans un but de performance énergétique. Cet article indique en effet que « *le droit de la commande publique devra prendre en compte l'objectif de réduction des consommations d'énergie visé au premier alinéa, en autorisant le pouvoir adjudicateur à recourir à un contrat de performance énergétique, notamment sous la forme d'un marché global regroupant les prestations de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance, dès lors que les améliorations de l'efficacité énergétique sont garanties contractuellement* ».

Ainsi, le législateur de 2009 a posé le premier cadre du contrat de performance énergétique (CPE) lequel va pouvoir prendre deux formes : d'une part, si les conditions sont réunies, il sera possible de recourir à un contrat de partenariat⁵ ; d'autre part, le contrat peut relever du régime classique des marchés publics. S'agissant de ces derniers, une modification du Code des marchés publics et des décrets d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005 applicable aux marchés des pouvoirs adjudicateurs non soumis au code susmentionné était nécessaire afin de permettre leur mise en œuvre.

B. - Les CREM/REM au regard des autres outils de la commande publique

Si les marchés de CREM ou de REM sont sur bien des aspects dérogatoires et atypiques, leur utilisation demeure soumise à certaines conditions, dont il appartient au pouvoir adjudicateur de veiller à leur respect.

On rappellera en cela les modifications législatives et réglementaires ayant permis de concrétiser ces marchés globaux. La première étape a porté sur la modification de l'article 18 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'œuvre privée (dite loi *MOP*). L'article 74 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010⁶, en effet, est venu insérer une nouvelle possibilité de recours au contrat global lorsqu'il existe un « *engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendant nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* ».

Ainsi, au-delà des hypothèses classiques, il est désormais possible de confier à une même entité (ou à un même groupement), par un même contrat, « *une mission portant à la fois sur*

4. Loi dite Grenelle I de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement

5. Les conditions de recours au contrat de partenariat sont fixées par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat reprise s'agissant des collectivités territoriales et de leurs établissements publics aux articles L. 1414-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

6. Loi dite Grenelle II portant engagement national pour l'environnement.

l'établissement des études et l'exécution des travaux lorsque des motifs (...) d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage ». Le contrat de performance énergétique devient alors une nouvelle exception à la loi MOP permettant le recours à un contrat global lorsqu'il y a conventionnellement engagement à l'amélioration en faveur de l'efficacité énergétique.

Le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 (article 20), qui vient créer les CREM et les REM, n'est dès lors que l'aboutissement d'un processus initié par le droit communautaire et soutenu par le Grenelle de l'environnement. Ce même décret est également venu transcrire le nouveau cas de dérogation à la loi MOP dans les décrets fixant les règles applicables aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés.

Les principales évolutions textuelles ainsi rappelées, quelles sont les spécificités de ces contrats dérogatoires ? Les CREM ou les REM, en premier lieu, sont des marchés globaux échappant au principe de l'allotissement. Le Code des marchés publics, en effet, érige en principe la règle de l'allotissement des marchés (CMP, art. 10) « (...) *sauf si l'objet du marché ne permet pas l'identification de prestations distinctes, le pouvoir adjudicateur passe le marché en lots séparés (...)* » ou si « *le pouvoir adjudicateur (...) estime que la dévolution en lots séparés est de nature, dans le cas particulier, à restreindre la concurrence, ou qu'elle risque de rendre techniquement difficile ou financièrement coûteuse l'exécution des prestations ou encore qu'il n'est pas en mesure d'assurer par lui-même les missions d'organisation, de pilotage et de coordination* » (CMP, art. 10, al. 1). Le recours à un CREM ou un REM s'inscrit donc en quelque sorte comme une nouvelle possibilité de déroger au principe de l'allotissement en dehors des exceptions déjà prévues et, surtout, dans un cadre juridique plus sécurisé⁷.

Il est ensuite nécessaire de s'interroger sur la compatibilité du CREM⁸ avec la loi MOP. Il faut noter que si le II de l'article 73 ouvre bien la possibilité à un contrat associant la conception et la réalisation, il n'écarte pas pour autant l'application de la loi MOP. En effet si l'ouvrage relève de la loi MOP, « (...) *l'entrepreneur ne peut être associé à la conception que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans un ou des bâtiments existants, ou pour des motifs d'ordre technique tels que définis à l'article 37* ». En d'autres termes, le CREM n'est possible que si l'ouvrage n'est pas soumis à la loi MOP, ou pour la réalisation d'engagements de performance énergétique au sein d'un bâtiment existant ou enfin pour des motifs techniques tels que prévus à l'article 37 du Code des marchés publics. Concernant l'article 37, il faut noter ici que l'on retombe dans les conditions de droit commun entourant le recours aux marchés publics de conception-réalisation qui

n'est possible « *que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* ». Il faut souligner la difficulté de justifier d'un motif d'ordre technique. Dans une affaire où il a fait preuve d'une approche restrictive, le Conseil d'État a considéré qu'un atelier-relais pour dirigeables « eu égard à la destination de l'ouvrage, à ses dimensions, à sa structure et à la nature des matériaux mis en œuvre [ne présentait pas] des difficultés techniques particulières justifiant le recours à la procédure propre aux marchés de conception-réalisation »⁹.

À l'inverse, la condition sur l'existence d'un engagement contractuel sur la performance énergétique semble plus libérable et relativement plus aisée à satisfaire. En définitive, la loi MOP trouve à s'appliquer au sein de l'article 73, mais il demeure relativement aisé pour un acheteur public de l'écarter par un engagement contractuel sur la performance énergétique, ce qui devrait être normalement l'objet même du CREM.

“ Les CREM ou les REM sont des marchés globaux échappant au principe de l'allotissement ”

Précisons par ailleurs que l'article 73 ne permet pas la mise en œuvre d'un paiement différé – ce qui pourrait être en revanche le cas pour un CPE de type contrat de partenariat. Pourtant, en prévoyant, notamment, que la rémunération du titulaire du marché puisse être indexée en fonction de l'atteinte ou non des objectifs fixés, l'on pourrait se demander si la rémunération n'allait pas être différée en considération de l'exploitation de l'ouvrage. Il faut pourtant revenir à la lettre du Code des marchés publics qui, en son article 96, dispose qu'« *est interdite l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé* », l'article 73 renvoyant explicitement audit article 96.

Outre ainsi l'interdiction de procéder à un paiement différé des prestations (laquelle suppose le paiement des prestations au plus tard lors de leur réception par le pouvoir adjudicateur¹⁰), il peut également être fait mention de l'impossibilité de fixer la durée du contrat au regard du montant des investissements¹¹.

Et s'il pourrait exister un risque de manque de transparence dans le marché global entre ce qui relève de la réalisation et ce qui résulte de l'exploitation/maintenance, l'article 10 du code précise en son dernier alinéa que si le pouvoir adjudicateur « (...) *recourt à un marché global, celui-ci fait obligatoirement*

7. Il est toutefois possible de trouver des décisions, avant l'entrée en vigueur de l'article 73 du code, validant l'absence d'allotissement, notamment, s'agissant d'un marché public dans lequel un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique était contractuellement défini (TA Paris, ord., 22 mars 2010, n° 10-03599, Sté Idex Énergies).

8. Par hypothèse le REM, qui n'inclut aucune mission de conception, n'est pas concerné.

9. CE, 8 juill. 2005, n° 268610, Communauté d'agglomération de Moulins : JurisData n° 2005-068648 ; JCP E 2005, 1332. – V. également pour une halle multisports, CAA Nancy, 5 août 2004, n° 01NC00110, Cne Metz.

10. V. O. Peyret et L. Levain, Les marchés de REM/CREM et l'interdiction de paiement différé : CP-ACCP, n° 126, nov. 2012, p. 44.

11. V. T. Laffargue et A. Barbey, CREM et REM des marchés à durée limitée : CP-ACCP, n° 126, nov. 2012, p. 33.

apparaître, de manière séparée, les prix respectifs de la construction et de l'exploitation ou de la maintenance. La rémunération des prestations d'exploitation ou de maintenance ne peut en aucun cas contribuer au paiement de la construction » (CMP, art. 10). Ainsi, le code impose le fait que l'une ne saurait équilibrer l'autre.

Au niveau de la procédure par ailleurs, contrairement au marché de conception-réalisation, le contrat peut être passé selon une procédure de droit commun (appel d'offre ouvert ou restreint, procédure négociée, dialogue compétitif, concours,...).

Il est maintenant utile de s'interroger sur les contraintes propres à la passation de ces contrats globaux.

2. Un recours exigeant aux CREM ou au REM

Afin de limiter les risques juridiques sur les procédures engagées, le recours aux CREM ou aux REM nécessite une vigilance réelle de la part des pouvoirs adjudicateurs amenés à les conclure. Mais la pertinence du recours à ces contrats doit également être démontrée.

A. - La nécessaire vigilance des acheteurs dans le recours à l'article 73

Il a été vu que le recours aux contrats de l'article 73 est soumis à des conditions relativement rigoureuses mais, de surcroît, les conditions de leur mise en œuvre ne doivent pas être négligées.

1° Une absence de règle claire en matière de durée de contrat

En premier lieu, le texte de l'article 73 est relativement ambiguë sur ce point dès lors que, s'il ne fixe pas de délai, il indique néanmoins que « la durée du marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet ».

Ce sont donc les objectifs qui vont permettre au pouvoir adjudicateur de définir la durée du marché. Mais il s'agit là d'une appréciation subjective pouvant donner lieu à contestation, la notion de « délais nécessaires » étant relativement imprécise.

Les pouvoirs adjudicateurs pourraient dans le cadre d'une première approche être tentés de fixer une durée permettant l'amortissement des investissements réalisés au cours de la période d'exécution du marché. Pourtant, la durée d'amortissement des biens ne recouvre pas nécessairement la notion de « délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements ». Il faut également souligner que contrairement à d'autres outils comme le contrat de partenariat, la durée du marché de CREM ou de REM n'est pas liée à l'amortissement des investissements, dans la mesure où le titulaire n'en assure pas le financement.

Par ailleurs, une telle approche risque d'amener les pouvoirs adjudicateurs à fixer une durée relativement longue. Or, même si l'on peut admettre que des marchés prévoyant des investissements justifient que leur durée soit relativement longue, il existe néanmoins dans ce cas un risque d'atteinte à la liberté

d'accès à la commande publique, l'article 16 du code prévoyant la nécessité d'une remise en concurrence régulière.

À l'inverse, une période trop courte risquerait de vider de toute substance l'intérêt du recours à l'article 73. Pire, il y aurait même dans ce cas un risque de sécurité juridique, un délai trop court ne permettant pas d'apprécier la réalisation des objectifs de performance qui constitue pourtant la justification même du recours au contrat global.

“ La durée du marché de CREM ou de REM n'est pas liée à l'amortissement des investissements ”

Le peu d'antériorité de la procédure ne permet pas aujourd'hui de disposer d'une jurisprudence suffisante et conséquente pour préciser ces règles.

Ainsi, sans avoir défini de règles claires en la matière, les pouvoirs adjudicateurs auront à chaque fois la délicate tâche de s'assurer que la fixation de la durée du contrat est le résultat d'un juste compromis entre la nécessaire satisfaction des objectifs de performance et la nécessaire remise en concurrence périodique des conventions.

2° L'écueil d'un risque de requalification en délégation de service public

L'exécution d'un marché de CREM ou de REM pourrait, à certains égards, être rapprochée de la gestion d'un service public. Toutefois, une distinction doit être maintenue entre les deux ; dans le cas contraire, il existerait un véritable risque juridique. Il convient de relever ici que la procédure de passation d'une délégation de service public telle qu'envisagée par le Code général des collectivités territoriales prévoit un certain nombre de consultations préalables qui sont étrangères au Code des marchés publics. Dès lors, l'hypothèse d'une requalification du contrat par le juge administratif amènerait ce dernier à constater l'irrégularité de la procédure poursuivie.

La véritable question repose sur la nature de l'exploitation : est-ce une exploitation du service ou seulement de l'ouvrage ? Il semble devoir être considéré que les prestations d'exploitation telles que décrites à l'article 73 du Code des marchés publics ne traduisent aucunement la volonté d'ouvrir une nouvelle voie de dévolution du service public à côté des dispositions de la loi Sapin de 1993 et de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales.

Suivant la lettre de l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». Cette définition comprend plusieurs éléments dont nécessairement la volonté de confier « la gestion d'un service public » et de lier la rémunération du cocontractant de manière « substantielle aux résultats du service ».

Il apparaît clairement que l'article 73 n'évoque à aucun moment la question du service public dont l'ouvrage public en serait le support nécessaire. Les deux notions doivent être distinguées et si l'exploitation de l'ouvrage comporte nécessairement des prestations liées au service public, elle doit alors être rapprochée du régime des marchés publics de services et non de celui de la délégation de service public.

L'autre élément essentiel de la délégation de service public qui ne répond pas aux conditions de l'article 73 est la rémunération du cocontractant. Aux termes du IV de l'article 73 en effet : « (...) *La rémunération de l'exploitation et de la maintenance est liée à l'atteinte de performances mesurées fixées dans le marché pour toute sa durée d'exécution. Les modalités de rémunération se conformeront aux dispositions des deux dernières phrases de l'article 10 et de l'article 96 du présent code* ». Il apparaît ainsi clairement que le résultat du service public n'entre pas dans la détermination de la rémunération du titulaire du contrat. La performance de l'ouvrage n'est pas liée au résultat du service.

La frontière entre les deux types de contrats est donc ténue et le risque d'une requalification du contrat demeure non négligeable. Il appartient à l'Administration d'y être attentive lors de l'élaboration des dossiers de consultation des entreprises, préalablement au lancement de la consultation publique.

B. - Un contrat nécessitant un important travail préalablement à son attribution

Compte tenu de la nature même des contrats de CREM ou de REM, qui comprennent nécessairement des objectifs mesurables, leur préparation, au stade de la définition du besoin, revêt en effet une importance considérable. En effet, le pouvoir adjudicateur doit précisément connaître sa situation actuelle afin de déterminer les objectifs à atteindre, qui vont de pair avec l'amélioration de la situation initiale.

L'objet même du marché est l'atteinte des performances garanties et l'atteinte de ces performances définira la rémunération finale du cocontractant. Ainsi, les objectifs ne devront pas être trop bas, sous peine d'être trop aisément atteints. Dans une telle hypothèse le risque pour le pouvoir adjudicateur serait de payer au prix fort un marché sans réel apport. Les performances ne devront pas non plus être démesurément ambitieuses car c'est alors le caractère fructueux de la procédure de passation du marché qui pourrait en pâtir dès lors que les candidats pourraient objectivement contester un aléa financier trop important.

La situation initiale s'agissant des caractéristiques des bâtiments et/ou ouvrages concernés doit donc être précisément définie et portée à la connaissance des candidats afin de permettre d'identifier le niveau initial des performances et le niveau ciblé (par exemple, concernant un marché de performance énergétique, la baisse du niveau de consommation d'énergie d'un bâtiment).

Par ailleurs, dès lors que l'objectif de performance détermine la rémunération du titulaire les indicateurs de performance devront également donner lieu à une importante

réflexion. Des experts externes pourront également être nécessaires pour un contrôle plus professionnel.

C. - Les PME doivent pouvoir recourir aux différents outils du Code des marchés publics pour candidater aux CREM et REM

La décision de recourir soit à un marché global, soit à différents marchés et/ou différents lots n'est évidemment pas sans incidence sur la qualité des entreprises susceptibles de répondre à la consultation. Ainsi, il est indéniable que la volonté de recourir à des marchés globaux, dont les CREM/REM font partie, peut avoir pour effet d'écarter les petites entreprises de ces contrats.

La solution passe nécessairement par une modalité de regroupement qui peut prendre la forme de la sous-traitance ou encore de la restructuration d'une offre autour d'un groupement d'entreprises.

En premier lieu en effet, la sous-traitance est un moyen simple d'acquérir les compétences nécessaires à la conclusion d'un marché public et l'entreprise ne prendra pas le risque de voir sa candidature rejetée si elle ne peut satisfaire seule aux exigences demandées en matière de capacité professionnelle, technique et financière pour exécuter le marché.

L'article 112 du Code des marchés publics prévoit explicitement la faculté pour le titulaire d'un marché de recourir à ce type de sous-contrat¹². Un candidat a donc tout intérêt à trouver une entreprise à même d'exécuter les prestations qu'il n'est pas lui-même en mesure de réaliser.

En second lieu, l'autre solution pour satisfaire aux exigences demandées en matière de capacité professionnelle, technique et financière pour exécuter le marché est de répondre au sein d'un groupement d'entreprises constitué pour l'occasion¹³. La pertinence de cette faculté est notamment soulignée par une réponse ministérielle : « Le groupement d'opérateurs économiques est effectivement un dispositif qui favorise l'accès des PME à la commande publique. Il permet à des entreprises qui, seules, ne disposent pas des capacités techniques, financières et professionnelles suffisantes pour remporter un marché de réunir leurs moyens humains et matériels pour présenter une offre commune concurrentielle »¹⁴.

Cette même réponse ministérielle, rappelle que « le respect du principe de libre entreprise, qui signifie notamment que tout entrepreneur est libre d'exercer ou d'exploiter son activité professionnelle et de contracter, ne permet pas aux acheteurs publics d'interdire l'accès des groupements d'entreprises aux marchés ou d'exiger que les candidats se présentent groupés ».

Même si l'introduction des contrats globaux semble favoriser les grandes entreprises, les PME ne sont pas pour autant condamnées à être écartées de ces procédures. Mais, du côté du pouvoir adjudicateur, ne serait-il pas paradoxal, alors que

12. « Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement ».

13. Faculté prévue et organisée par l'article 51 du Code des marchés publics.

14. AN, 8 sept. 2009, p. 8492.

l'intérêt des CREM et REM est justement d'avoir un interlocuteur unique supportant tout à la fois l'ensemble des responsabilités liées aux prestations et l'atteinte de performances, de devoir, *in fine*, traiter avec plusieurs entités, même groupées et représentées par un mandataire ? En tout état de cause, les responsabilités au sein de groupements d'entreprises devront être correctement réparties entre leurs membres.

En définitive, le recours à des contrats de CREM et de REM, bien que soumis à des conditions précises et contraignantes, peut représenter une faculté particulièrement opportune pour les maîtres d'ouvrage publics disposant, par exemple, d'un patrimoine immobilier très énergivore et dont la réhabilitation dans le cadre d'une opération globale et centralisée représente un enjeu majeur.

Conclusion

En conclusion, l'introduction de ces contrats globaux dans le Code des marchés publics est encore relativement récente pour en évaluer toutes les implications. Toutefois, un certain nombre d'éléments milite pour que les CREM et REM puissent à l'avenir devenir des outils importants et incontournables de la commande publique.

Si l'article 73 impose que pour les ouvrages soumis à la loi MOP, la conception ne peut être associée à la réalisation qu'à la

condition qu'il s'agisse d'une opération de réhabilitation « pour la réalisation d'engagements de performance énergétique dans les bâtiments existants », pour les marchés de REM, en revanche, ces conditions ne sont pas requises. Il devient alors possible de recourir à ces contrats pour des constructions neuves.

Les marchés globaux devraient, également, pouvoir se développer en vue de constructions non soumises à la loi MOP¹⁵. Il en va ainsi par exemple des contrats de construction de centrales de chauffage urbain dans le cadre notamment des réseaux de chaleur. De même, le domaine de l'éclairage urbain peut à terme être l'objet de ces contrats.

Nés dans une optique environnementale, la définition large retenue par le Code des marchés publics s'agissant des objectifs performantiels à atteindre laisse toutefois à penser que ces contrats devraient se développer dans des domaines très variés. À cet effet l'article 73, II du Code des marchés public envisage la poursuite d'objectifs qui ne sont pas nécessairement liés à la performance énergétique comme le niveau d'activité ou la qualité du service.

15. Ne sont pas soumis à la loi MOP les ouvrages et constructions cités à l'article 1^{er} du décret n° 86-520 du 14 mars 1986, pris pour l'application de l'article 1^{er} 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'œuvre privée.

Guide pratique de la QPC

Intervenants

Bertrand MATHIEU et Patrice SPINOSI

Venez faire le bilan de cette procédure à l'occasion d'une formation qui vous permettra de maîtriser les conditions de recevabilité, les requêtes mais aussi le contentieux résultant de cette pratique au regard de la jurisprudence récente.



LexisNexis® Formations

VENDREDI 22 NOVEMBRE 2013 À PARIS
8h30 – 12h30

Programme

- Genèse
- Quel intérêt y-a-t-il à poser une QPC (contrôle de constitutionnalité / contrôle de conventionnalité)
- Devant quelle juridiction et à quel moment du procès ?
- Quelles sont les dispositions normatives susceptibles d'être contestées ?
- Peut-on contester une disposition déjà déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel ?
- Quelles sont les normes constitutionnelles invocables ?
- Comment rédiger une QPC ? Quelle procédure ?
- Les arguments à développer :
- Peut-on contester l'interprétation donnée par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat à la disposition législative contestée ?
- La procédure devant le Conseil constitutionnel
- La possibilité d'intervenir à l'appui d'une question soumise au Conseil constitutionnel
- La portée de la décision du Conseil constitutionnel

Inscriptions & renseignements

- LexisNexis® Formations - 141, rue de Javel - 75747 Paris cedex 15
- Tél. 0821 200 700 • Fax 01 45 58 94 35 • formations@lexisnexis.fr

(0,112€ puis 0,09€/min à partir d'un poste fixe)

RETROUVEZ
L'INTÉGRALITÉ
DES FORMATIONS
<http://formations.lexisnexis.fr>

ENB-13-016-08/2013 552 029-01 RCS Paris

Immobilier

36 MONTAGES IMMOBILIERS ET DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Article rédigé par :

Alexandre VANDEPOORTER,

avocat, Seban & Associés



Dans quelle mesure les opérations immobilières auxquelles procèdent les personnes publiques peuvent relever du droit de la commande publique et doivent en conséquence être soumises à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence ? Pour répondre à la question posée, il faut présenter les montages qui sont étrangers au champ de la commande publique, ceux qui peuvent recevoir la qualification d'un contrat de la commande publique, tel un marché ou une concession de travaux et, enfin, ceux qui s'inscrivent dans le champ des principes généraux de la commande publique.

Le sujet tient dans l'énoncé d'une question simple : dans quelle mesure les opérations immobilières auxquelles procèdent les personnes publiques peuvent relever du droit de la commande publique et doivent en conséquence être soumises à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence ?

Le sujet sollicite des montages qui ont pour objet des opérations immobilières (des ventes ou des locations de biens immobiliers) à l'occasion desquelles une personne publique (l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics) met des obligations de travaux à la charge de celui auquel appartient le bien immobilier, ou auquel le bien va être cédé ou loué.

Le premier groupe de montages auxquels il faut penser couvre des contrats par la voie desquels une personne publique s'engage à acheter ou à louer un bien en l'état futur d'achèvement pour y installer des services publics : elle s'engage à louer, ou à acheter l'immeuble qu'un opérateur s'est (préalablement) engagé à construire, ou à réaménager, le cas échéant suivant les prescriptions architecturales et techniques qu'elle lui a spécifiquement fixées pour que l'immeuble puisse accueillir les services qu'elle souhaite installer.

Le second groupe de montages désigne des contrats par la voie desquels une personne publique cède, ou met une dépendance domaniale à la disposition d'un opérateur, à charge pour lui de réaliser des équipements immobiliers dont certains, le cas échéant, devront faire « retour » à la personne publique concernée ; la mise à disposition de la dépendance domaniale pouvant être organisée par la voie d'un bail emphytéotique de droit commun, d'un bail à construction, d'un bail emphytéotique administratif, d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public constitutive – ou non – de droits réels.

Qu'on pense au contrat par lequel une commune met un terrain à la disposition d'un opérateur, et lui confie également le soin de réaliser des équipements spécifiques qui reviendront en pleine propriété à la collectivité au terme du bail ou de l'autorisation, et qui pourront, tous ou pour certains seulement, lui être loués pendant la durée du contrat. Qu'on imagine autrement le contrat par lequel une communauté d'agglomération cède un terrain à un promoteur immobilier, avec une obligation pour lui de réaliser une série d'équipements : certains seront exploités dans son intérêt propre ou cédés à des tiers (un cinéma, des bureaux, un hôtel, des logements, un centre commercial,...) mais pourront tout de même indirectement servir l'intérêt général parce qu'ils dynamise-

ront la vie d'un quartier et son développement économique ; tandis que d'autres (une salle des fêtes, une crèche, un parc public de stationnement,...) seront immédiatement remis à la communauté d'agglomération, puis directement affectés à une mission d'intérêt général ou à un service public.

Bien souvent, ces montages poursuivent un objectif de valorisation du domaine public ou du domaine privé, dont l'enjeu est certain : il s'agit d'apprécier comment les personnes publiques peuvent solliciter de façon optimale la valeur économique qui s'attache aux biens immobiliers qui leur appartiennent. La question se pose chaque jour avec un peu plus d'acuité, non seulement parce que les personnes publiques sont sûrement plus que par le passé poussées par des objectifs de performance et de rentabilité, mais aussi parce que les outils juridiques qui leur sont offerts pour satisfaire ces objectifs se sont multipliés¹, parfois sans réel esprit de cohérence². Et la réponse repose sur plusieurs considérations qui, pour l'essentiel et fort heureusement, s'attachent à ce que la personne publique concernée souhaite précisément retirer de l'opération de valorisation ; et qui s'attachent donc aussi pour partie à la portée des droits qu'elle entend – ou non – conserver sur le bien concerné par l'opération de valorisation.

Ce n'est pas dire pour autant que seules les personnes publiques sont à l'initiative des opérations que portent ces montages contractuels. La pratique en témoigne. Il n'est pas rare que des promoteurs lancés dans la construction d'un vaste complexe immobilier proposent à telle ou telle commune, dont ils connaissent les besoins, d'acheter certains volumes en l'état futur d'achèvement. Et ce sont parfois même des projets « clé en main » qui sont présentés aux collectivités territoriales : une société se propose de racheter une dépendance communale désaffectée et d'y construire un ensemble d'équipements dont certains pourront indirectement satisfaire l'intérêt général, parce qu'ils manquaient à la vie de la Cité (un cinéma, un centre de loisirs, un parc de stationnement, des surfaces tertiaires,...).

Il est évident que les montages contractuels de cette nature répondent, à tout le moins dans les faits et peut-être uniquement pour partie, à un « besoin » de la personne publique concernée : ils renferment en quelque sorte une part de « commande publique » ; et ils posent en conséquence une question, celle de l'existence ou non d'une obligation de les soumettre à des mesures préalables de publicité et de mise en concurrence, au titre du droit de la commande publique.

La question n'est évidemment pas nouvelle, mais elle se présente toutefois chaque jour avec un peu plus d'insistance, tant la pratique se développe en la matière, et tant le champ d'application de l'obligation de mise en concurrence ne cesse de s'élargir dans le même temps³.

Pour répondre à la question posée, il faut présenter les montages qui sont étrangers au champ de la commande publique (1), ceux qui peuvent recevoir la qualification d'un contrat de la commande publique, tel un marché ou une concession de travaux (2) et, enfin, ceux qui s'inscrivent dans le champ des principes généraux de la commande publique (3).

1. Les montages placés en dehors du champ de la commande publique

En tant que telles, l'acquisition et la location d'un bien immobilier par une personne publique ne relèvent pas du droit de la commande publique (A), et la cession et la mise à disposition d'une dépendance domaniale, non plus (B).

A. - L'acquisition et la location d'un bien immobilier par une personne publique

Il est acquis que les personnes publiques peuvent librement acquérir ou louer auprès de tiers des biens immobiliers pour les besoins des activités d'intérêt général dont elles ont la charge, et il est acquis, *a fortiori*, qu'elles ne sont pas tenues de procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence préalable, au titre du droit de la commande publique. Le Code des marchés publics (CMP, art. 3) et la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004⁴ excluent en effet de leur champ d'application les marchés de services qui ont « pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ». Et c'est le bon sens qui commande cette exclusion : il n'est le plus souvent pas possible d'imposer aux personnes publiques de mettre en concurrence des agences immobilières ou des propriétaires, sauf à les priver du droit de choisir l'endroit précis où elles veulent s'installer. Comme le précise la directive, « les marchés relatifs à l'acquisition ou à la location de biens immeubles ou à des droits sur ces biens présentent des caractéristiques particulières qui rendent inadéquate l'application de règles de passation des marchés publics »⁵.

B. - La cession et la mise à disposition d'une dépendance domaniale

Par exception à ce qu'il advient sinon, l'État est tenu de procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence lorsqu'il souhaite céder un bien immobilier qui lui appartient. L'article R. 3211-2 du Code général de la propriété des personnes publiques pose en effet le principe : « l'aliénation d'un immeuble du domaine privé de l'État est consentie avec publicité et mise en concurrence, soit par adjudication publique, soit à l'amiable ».

Pour le reste, et s'agissant en particulier des biens immobiliers des collectivités territoriales, le code ne comporte pas de dispositions réglementaires de cette nature, le principe d'une mise en concurrence préalable à la cession de leurs biens ayant

1. V. J.-M. Sauvé, *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques : Entretiens du Conseil d'État en droit public économique*, 6 juill. 2011.

2. En ce sens, P. Delvolvé, *Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques : l'incohérence* : RFDA 2011, p. 1125.

3. V. sur ce sujet, E. Fatôme et Ph. Terneyre, *À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux* : AJDA 2009, p. 1868 et s. ; G. Eckert, *Mise en concurrence et contrats portant sur la propriété*

publique : Contrats et propriété publics, Actes du Colloque de Montpellier, 28 et 29 avr. 2011 : LexisNexis, 2011, p. 53.

4. PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004, art. 16.

5. PE et Cons. UE, dir. 2004/18/CE, 31 mars 2004, consid. 24.

été abandonné par le législateur en 1982 dans le cadre de la décentralisation. Et le Conseil d'État⁶, ainsi que les juridictions administratives du fond⁷, ont eu maintes fois l'occasion de rappeler « qu'aucun principe à valeur constitutionnelle »⁸, et « qu'aucune disposition législative non plus qu'aucun principe général ne fait obligation à une commune de recourir à l'adjudication préalablement à la cession d'un bien immobilier lui appartenant »⁹. La cession des dépendances domaniales – à l'exception de celles qui appartiennent à l'État – peut donc être effectuée de gré à gré, avec tel ou tel opérateur.

“ Sur le principe, les opérations immobilières des personnes publiques ne sont pas soumises (...) à des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables ”

La même liberté entoure la mise à disposition des dépendances domaniales, et ce, cette fois, même lorsqu'il s'agit de dépendances qui appartiennent à l'État. Le Conseil d'État a en effet jugé « qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'impose à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public »¹⁰.

Il est vrai que la question demeure ouverte : nombreux sont ceux qui pensent que le principe d'égalité pourrait incidemment impliquer une obligation de mise en concurrence des conventions d'occupation du domaine, à tout le moins lorsqu'elles sont le siège d'activités économiques qui peuvent intéresser plusieurs opérateurs sur un marché donné¹¹. Il se comprendrait sans peine en effet que le principe d'égalité intervienne comme garant du libre accès de tous les opérateurs économiques à la source de revenus que peut représenter un contrat d'occupation du domaine. Mais ce n'est toutefois apparemment pas la direction prise par le Conseil d'État, lequel a pris soin en effet de souligner que la liberté des personnes publiques en la matière était vérifiée, « même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel »¹². Et il est vrai, d'un autre côté, qu'une obligation systématique de mise en concurrence pourrait décourager toute initiative extérieure, et priver ainsi

les personnes publiques d'une marge de manœuvre nécessaire pour valoriser efficacement leur domaine.

Sur le principe, les opérations immobilières des personnes publiques ne sont donc pas soumises, en tant que telles, à des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables. Mais il est clair que « ce principe de non-publicité et de non-mise en concurrence ne concerne que les contrats dont l'objet est exclusivement de céder un bien du domaine privé »¹³, ou qui ont « pour seul objet » l'occupation du domaine¹⁴. Il « en va en revanche autrement si, derrière des apparences purement immobilières, le contrat de vente dissimulait en réalité un contrat de la commande publique »¹⁵. Dans ce cas, en effet, l'opération immobilière peut être requalifiée en un contrat de la commande publique. Certains textes anticipent d'ailleurs cette conclusion évidente (V. au sujet des baux emphytéotiques administratifs, CGCT, art. R. 1311-2).

2. Les montages qualifiés de contrats de la commande publique

Pour s'en tenir à l'essentiel, une opération immobilière à laquelle est associée une obligation de construire pourrait être qualifiée, soit de marché de travaux au sens du Code des marchés publics et c'est alors, de fait, la question de la conformité du montage aux exigences de la loi MOP qui est immédiatement posée (A) ; soit de marché ou de concession de travaux au sens de la directive communautaire 2004/18/CE ou de l'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics (B).

A. - La qualification en marché au sens du Code des marchés publics : la compatibilité du montage avec les exigences de la loi MOP

Il faut rappeler qu'aux termes de l'article 1^{er} du Code des marchés publics, les marchés de travaux « sont les contrats conclus à titre onéreux » qui « ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage ».

Au premier regard, certains montages immobiliers peuvent répondre à la définition du marché de travaux. C'est évidemment le cas des contrats par lesquels une personne publique achète un bien immobilier en l'état futur d'achèvement. Mais c'est vrai aussi des contrats qui ont pour objet de céder, ou de donner à bail une dépendance du domaine au profit d'un opérateur privé. Si le contrat de vente, ou le bail, impose à l'acquéreur ou au preneur de réaliser des équipements dont la destination est fixée par la collectivité territoriale (un gymnase, une salle de spectacle,...) et dont les caractéristiques sont quelque peu définies par la collectivité (surface, fonctionnali-

6. CE, 8 févr. 1999, n° 168043, Ville Lourdes.

7. CAA Nancy, 25 mars 2004, n° 99NC01278, Cne Corre. – TA Nîmes, 5 avr. 2012, n° 1000792, Cne Langlade. – CAA Douai, 25 oct. 2012, n° 11DA01951, Sté immobilière Carrefour : JurisData n° 2012-035203.

8. CAA Versailles, 2 déc. 2010, n° 09VE02711, M. Caen : JurisData n° 2010-026512.

9. CE, 26 oct. 1994, n° 121717, Monier : JurisData n° 1994-048724.

10. CE, 3 déc. 2010, n° 338272, Ville Paris : JurisData n° 2010-022712.

11. E. Fatôme et Ph. Terneyre, À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, op. cit., p. 1879.

12. CE, 3 déc. 2010, n° 338272, Ville Paris, préc.

13. Conclusions de F. Dieu sur CAA Marseille, 25 févr. 2010, n° 07MA03620, Cne Rognes.

14. CE, 3 déc. 2010, n° 338272, Ville Paris, préc.

15. Conclusions sur CAA Douai, 25 oct. 2012, n° 11DA01951, Sté immobilière Carrefour : JurisData n° 2012-035203.

tés,...), le contrat peut être analysé comme un contrat qui entend « répondre à un besoin précis » par la collectivité. Et il le serait *a fortiori* plus encore si certains des équipements devaient être immédiatement mis à la disposition de la collectivité et/ou lui revenir en pleine propriété. Satisfaisant ainsi les besoins de la collectivité, le contrat pourrait être par ailleurs analysé comme un contrat « *conclu à titre onéreux* », s'il apparaissait que, d'une façon ou d'une autre, les obligations de construction qui sont ainsi imposées à l'opérateur emportent une contrepartie. Dans le cadre de la vente d'une dépendance domaniale, la contrepartie peut être constituée par la circonstance que le prix de vente de la dépendance est inférieur au prix du marché, et ce à hauteur du prix des ouvrages qui seront remis à la collectivité territoriale, la contrepartie étant ainsi constituée par une dation en paiement. Et, dans le cadre d'une mise à disposition d'une dépendance domaniale, la contrepartie peut être constituée par les loyers que la collectivité versera pendant toute la durée du bail à l'opérateur pour pouvoir occuper les équipements qu'il aura réalisés sur la dépendance : les loyers peuvent être analysés comme constituant le prix versé au fur à mesure par la collectivité pour l'achat des équipements qui lui seront effectivement remis au terme du bail.

Toutefois, une qualification de marché de travaux au sens du Code des marchés publics devra le plus souvent être écartée : si les équipements réalisés par l'opérateur répondent sans doute aux besoins qu'elle a précisés, ce n'est toutefois pas la personne publique qui en « exerce la maîtrise d'ouvrage », mais bien l'opérateur en charge de construire les équipements¹⁶.

Il est cependant une réserve qui s'impose, lorsqu'il est prévu que les équipements qui seront réalisés par l'opérateur seront immédiatement, une fois construits, remis en pleine propriété à la collectivité, par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement. Il faut alors s'assurer que la collectivité territoriale ne s'est pas libérée de son obligation d'assurer la maîtrise d'ouvrage, en méconnaissance des exigences de la loi n° 85-704 du 12 juillet 2005 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP). Il faut rappeler en effet qu'en application de l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985, une collectivité territoriale doit, en principe, satisfaire elle-même aux obligations de maître d'ouvrage, lorsque « *l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres* »¹⁷. Et elle doit en conséquence passer un marché public et respecter les mesures de publicité et de mise en concurrence qu'il renferme.

Partant, un contrat qui emporte (également) pour l'opérateur privé une obligation de réaliser une série d'équipements qui seront tous « entièrement »¹⁸, sinon « dans leur ensemble

destinés à devenir la propriété »¹⁹ de la personne publique concernée, pourrait être analysé comme ayant été conclu en méconnaissance de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique ; à tout le moins s'il apparaît par ailleurs que la personne publique est à l'initiative de l'opération et qu'elle a fixé la destination et les caractéristiques des équipements. Et c'est sans doute vrai aussi lorsque la part des équipements qui font ainsi immédiatement « retour » à la personne publique représentent, non pas le tout, mais tout de même une part essentielle de l'opération immobilière. En ce sens, le tribunal administratif de Montpellier a jugé irrégulière la vente de deux parcelles communales d'une surface de 1200 et 1100 m² chacune, dont le règlement devait être constitué par le versement d'une somme d'argent « et, pour le solde, par dation en paiement d'un immeuble construit, clos et ouvert, de 1 300 m² de surface hors œuvre nette » au profit de la commune. Il a considéré qu'elle reposait sur une « modalité de paiement » qui « a été fixée en méconnaissance des dispositions de l'article 1^{er} du Code des marchés publics »²⁰.

En revanche, lorsque les équipements immédiatement cédés à la personne publique « ne constituent qu'une partie d'un ensemble immobilier »²¹, ou s'intègrent dans un « immeuble destiné pour sa plus grande part à d'autres propriétaires »²², le montage ne figurera pas dans le champ d'application de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique et, donc, dans celui du Code des marchés publics²³. Mais il est toutefois là encore une nuance naturelle : si les équipements qui sont immédiatement remis à la collectivité territoriale constituent une part seulement accessoire de l'ensemble à construire, ils ne doivent toutefois pas être physiquement dissociables de l'ensemble plus vaste à construire. Le constat est logique : si l'ouvrage est physiquement dissociable de l'ensemble immobilier à construire, « individualisé par rapport aux constructions voisines »²⁴, il doit être analysé comme « un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété », au sens de la jurisprudence *Région Midi Pyrénées*.

À l'exception de ceux qui ont pour objet principal la vente en l'état futur d'achèvement d'une série d'équipements qui ont été conçus à l'initiative et suivant les prescriptions données par une personne publique, les contrats immobiliers sollicités par les personnes publiques ne peuvent donc pas être qualifiés de marchés au sens du Code des marchés publics, parce qu'elles n'exercent légalement pas – par définition – un rôle de maître d'ouvrage.

16. CE, 25 févr. 1994, n° 144641, Sté Sofap Marignan : *JurisData* n° 1994-040511.

17. CE, 8 févr. 1991, n° 57679, Région Midi-Pyrénées : *JurisData* n° 1991-040060.

18. CE, 11 août 2009, n° 317516, Cne des Vans : *JurisData* n° 2009-007566.

19. CE, 14 mai 2008, n° 280370, Communauté de communes de Millau-Grands Causses : *JurisData* n° 2008-073548.

20. TA Montpellier, 26 juin 2009, n° 0704910, Sarrahan.

21. CAA Bordeaux, 19 mars 2002, n° 97BX01384, Communauté urbaine de Bordeaux : *JurisData* n° 2002-177448.

22. Avis, 31 janv. 1995, Rapport du Conseil d'État, 1995, p. 407.

23. CAA Bordeaux, 18 déc. 2003, n° 99BX02554, Cne Arcachon. – TA Bordeaux, 9 mars 2006, n° 0503346, Groleau.

24. CE, 14 mai 2008, Communauté de communes de Millau-Grands Causses, préc., confirmant l'analyse de CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2005, n° 01BX00788, Communauté de communes de Millau-Grands Causses : *JurisData* n° 2005-275428.

B. - La qualification en marché ou en concession de travaux au sens de la directive 2004/18/CE

Les montages immobiliers qui échappent ainsi à la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique peuvent alors toutefois être qualifiés de marchés ou de concessions de travaux, mais cette fois au sens de la directive 2004/18/CE, laquelle est en effet indifférente à la notion de maîtrise d'ouvrage publique²⁵.

Selon l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, les marchés publics de travaux sont en effet « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet (...) la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur* ». Et selon cette directive et l'ordonnance du 15 juillet 2009 relatives aux contrats de concession de travaux publics, la « *concession de travaux publics est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public 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* ».

“ Certains montages immobiliers peuvent répondre à la définition du marché de travaux ”

Suivant cette définition, bon nombre d'opérations immobilières auxquelles procèdent les personnes publiques peuvent être qualifiées de marché au sens de la directive, et ce même si le montage repose (formellement) sur la cession ou la location d'un bien immobilier. L'essentiel en la matière est en effet d'apprécier ce qu'est l'objet principal du contrat, et ce en considération de plusieurs facteurs, tels les obligations réciproques des parties, la nature et le volume des travaux à réaliser, le contexte qui entoure l'opération, et notamment l'identité de celui qui en a pris l'initiative (la personne publique ou l'opérateur privé). Il faut ainsi déterminer si le contrat a – ou non – principalement pour objet des travaux qui entendent satisfaire un « besoin » de la personne publique concernée, ou si l'essentiel réside dans la location ou la vente d'un bien. Ensuite, il faut apprécier si la personne publique a « précisé » le besoin, en fixant la destination et les principales caractéristiques des ouvrages à construire. Et il reste enfin à déterminer si la personne publique rémunère d'une façon ou d'une autre les travaux ainsi réalisés pour satisfaire son besoin. C'est donc naturellement affaire d'espèce. Mais on peut toutefois essayer d'illustrer schématiquement les cas dans lesquels une opération immobilière pourra être requalifiée en marché ou concession de travaux.

Lorsqu'une opération immobilière renferme aussi la réalisation d'un ou plusieurs ouvrages qui seront tous, ou presque, immédiatement mis à la disposition d'une personne publique,

il y a tout lieu de penser que la construction du ou des ouvrages constitue l'objet principal du contrat, et que ce qui l'emporte n'est pas la vente ou la location du terrain sur lequel les ouvrages sont construits. Il peut évidemment en aller ainsi d'un contrat de location en l'état futur d'achèvement conclu au profit d'une personne publique²⁶. Mais c'est vrai aussi lorsqu'une personne publique donne à bail un terrain à un opérateur, à charge pour lui de réaliser une série d'équipements : le contrat pourra être analysé comme étant principalement un marché de travaux, et non pas un bail, si les biens immobiliers réalisés par l'acquéreur en application du contrat ont été définis par la personne publique, et lui sont immédiatement loués pendant toute la durée du contrat : le montage aura fondamentalement pour objet principal de confier à un opérateur économique le soin de réaliser des équipements qui répondent à un « besoin précisé » par une personne publique²⁷. Et le montant global des loyers qui seront versés par cette personne publique pendant toute la durée du bail pourrait être analysé comme « le prix » correspondant à la valeur des équipements qui lui feront retour gratuitement au terme du contrat.

Le tribunal administratif de Bordeaux a ainsi considéré, au sujet d'un bail emphytéotique administratif qui avait pour objet la construction d'un immeuble de bureaux destinés à accueillir différents services de la collectivité, que « le contrat ainsi envisagé dans son ensemble indissociable a, eu égard notamment à son objet portant principalement sur la construction d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par la communauté urbaine de Bordeaux, et au mode de rémunération sous la forme d'un loyer selon les modalités qui ne peuvent être regardés comme transférant à l'opérateur le risque économique de l'opération, le caractère d'un marché public au sens de la directive 2004/18 »²⁸. Le tribunal administratif de Nice s'est prononcé dans le même sens à propos d'un bail emphytéotique dont l'objet était assez semblable²⁹.

Il ne faut pas exclure non plus une qualification en marché ou en concession de travaux lorsque les ouvrages, définis par la personne publique, ne sont pas immédiatement mis à sa disposition, mais sont tout de même affectés à une activité publique dont elle a la charge. Le montage peut alors tout de même être analysé comme un marché ou une concession de travaux au sens du droit communautaire, puisque l'exploitation des ouvrages satisfait une activité d'intérêt général et donc un besoin de la personne publique concernée.

Le contrat pourra être qualifié de concession de travaux, si la rémunération de l'opérateur est substantiellement liée aux recettes qu'il tire de l'exploitation des ouvrages qu'il a réalisés, et si l'opérateur supporte – en conséquence – le risque économique de l'opération. C'est ainsi que le tribunal administratif de Paris a qualifié de concession de travaux un bail emphytéo-

25. CE, 3 juin 2009, n° 311798, Cne Saint-Germain-en-Laye : JurisData n° 2009-009904 ; JCP A 2010, 2056.

26. CJCE, 29 oct. 2009, aff. C-536/07, Commission c/ République fédérale d'Allemagne.

27. CJUE, 12 juill. 2001, aff. C-399/98, Ordre des architectes de la province de Milan.

28. TA Bordeaux, ord. 26 nov. 2007, n° 0704671, Sté Norbail-Immobilier.

29. TA Nice, ord., 6 déc. 2006, n° 0605880, Sté Cirmad Grand Sud.

tique administratif qui avait pour objet de confier au preneur le soin de réhabiliter la piscine Molitor suivant un cahier des charges fixé par la ville de Paris, et d'exploiter ensuite la piscine pendant toute la durée du bail. Le tribunal a relevé que le « preneur s'engage à respecter un programme de travaux annexé au contrat », et souligné « l'intérêt de la ville de permettre l'accès des bassins au grand public, aux scolaires et aux associations sportives » et le « souci de la ville de conférer au site le caractère d'une vitrine remarquable et exemplaire »³⁰.

Et si l'opérateur ne supporte pas le risque économique de l'opération, le contrat peut alors être qualifié de marché de travaux. C'est sans doute en ce sens qu'il faut lire une décision du Conseil d'État rendue à propos d'un bail emphytéotique qui avait pour objet de confier au titulaire le droit d'occuper un ensemble de terrains et d'exploiter une carrière située sur une partie de ces terrains, en contrepartie de l'obligation de réaliser certains travaux de dépollution sur les terrains. Il a jugé que le contrat « avait pour objet de répondre, par les travaux demandés au titulaire, à un besoin de la commune en matière de dépollution et d'aménagement des parcelles en cause », si bien que « ce contrat administratif devait être regardé comme un marché public de travaux au sens de l'article 1^{er} de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 », dès lors que « la rémunération du titulaire du marché était en l'espèce assurée par l'exploitation de la carrière »³¹.

Lorsque ce ne sont certes pas tous, mais tout de même l'essentiel des ouvrages qui sont remis à la disposition de la collectivité, ou qui sont exploités par l'opérateur en vue de satisfaire une mission d'intérêt général, rien ne saurait justifier une conclusion différente des précédentes : le contrat qui porte le projet pourrait de la même façon être qualifié de marché ou de concession de travaux, puisqu'il sera tout aussi possible de considérer que l'opération a essentiellement pour objet une « commande », et non pas seulement une cession ou une mise à disposition domaniale.

Si, maintenant, l'objet principal du contrat n'est pas la construction d'ouvrages « publics », parce qu'ils demeurent accessoires en comparaison de l'ensemble immobilier à réaliser par l'opérateur, il faut s'intéresser aux autres constructions qui seront réalisées à l'occasion de l'opération immobilière. Une qualification en marché ou en concession de travaux n'est pas à exclure en effet. Il faut rappeler que la Cour de justice de l'Union européenne a qualifié de marché public un contrat qui avait pour objet la réalisation, dans un quartier à redynamiser, d'un pôle de loisirs comprenant un cinéma multiplexe, un parc de stationnement, un hôtel, ... dont l'un seulement – le parc de stationnement – devait revenir à la collectivité, par la voie d'une vente en l'état futur d'achèvement. La Cour de justice a en effet jugé que le projet était destiné à remplir par lui-même une fonction économique et qu'il devait être considéré « dans tous ses éléments comme répondant aux besoins précisés par la collectivité publique » parce qu'il apparaissait à la lecture « de plusieurs dispositions de la convention que, par la réalisation

du pôle de loisirs dans son ensemble, la commune de Roanne cherche à repositionner et à redynamiser le quartier de la gare ».

En conséquence, comme l'a indiqué la Cour de justice, une convention peut être qualifiée de marché public au sens de la directive « indépendamment du fait qu'il est prévu ou non que le pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de cet ouvrage »³². Elle l'a récemment rappelé au sujet d'une convention par laquelle une personne publique entendait céder un ensemble immobilier à un opérateur, considérant que la notion de marchés de travaux au sens de la directive « impose que les travaux faisant l'objet du marché soient exécutés dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur, sans que, toutefois, il soit nécessaire que la prestation prenne la forme de l'acquisition d'un objet matériel ou physique »³³.

Il faut ainsi comprendre que lorsqu'un contrat a pour objet de confier la réalisation d'un ensemble immobilier qui, pour l'essentiel, ne fera pas « retour » à la personne publique, mais qui est toutefois le fruit de son initiative et qui est exécuté dans l'intérêt économique direct de la collectivité (redynamiser la vie sociale, culturelle et/ou économique d'un quartier, satisfaire un besoin en logements,...), il peut être soumis à la directive 2004/18/CE, à tout le moins si les ouvrages construits par l'opérateur ont été quelque peu définis par le contrat, notamment en termes d'affectations (un cinéma, une brasserie, un hôtel,...) et d'importances respectives des affectations. Il sera un marché de travaux ou bien une concession de travaux, selon que l'opérateur est – ou non – principalement rémunéré par la commercialisation du programme privé et supporte – ainsi – le risque économique de l'opération.

Fondamentalement, l'essentiel en la matière est donc de savoir si, au travers de la cession ou de la mise à disposition de son domaine, la personne publique entend satisfaire un intérêt public : il s'agit d'apprécier si la cession est un outil qu'elle sollicite opportunément pour faire réaliser des équipements qu'elle juge nécessaires, non pas pour son usage propre, mais pour servir un objectif politique qu'elle s'est fixé : redonner vie à un quartier, se doter d'équipements jugés importants pour la vie de la Cité.

En revanche, l'opération immobilière échappera au champ d'application de la directive 2004/18/CE, si les obligations de travaux qui sont mises à la charge de l'opérateur privé n'apparaissent pas comme la principale considération qui a animé la personne publique lorsqu'elle lui a cédé ou loué une dépendance domaniale. L'opération immobilière échappera ainsi au champ d'application de la directive lorsque les obligations de travaux qu'elle renferme demeurent modestes, ou bien lorsqu'elle a essentiellement pour objet la réalisation d'un programme purement « privé », dont la personne publique n'a absolument pas pris l'initiative et/ou pour la réalisation duquel elle n'apporte, en tout état de cause, aucune contrepartie financière³⁴.

30. TA Paris, 3 févr. 2009, n° 0900393, Sté Ken Club.

31. CE, 3 juin 2009, n° 311798, Cne Saint-Germain-en-Laye : JurisData n° 2009-009904.

32. CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, J. Auroux c/ Cne Roanne.

33. CJCE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, Helmut Müller GmbH.

34. CAA Nancy, 11 oct. 2007, n° 06NCX00733, Assoc. Aubette Demain.

Dans ce cas, l'opération immobilière pourrait tout de même demeurer dans le champ du droit de la commande publique, mais cette fois en empruntant le terrain des principes généraux de la commande publique.

3. Les montages inscrits dans le champ d'application des principes généraux de la commande publique

Le champ d'application du droit de la commande publique ne se limite sans doute pas (ou sans doute plus) uniquement aux contrats dont la passation est formellement encadrée par des règles spécifiques de publicité et de mise en concurrence (les marchés, les concessions de travaux, les contrats de partenariat, les délégations de service public,...) ³⁵. La question est à tout le moins posée, et ce tant sur le plan communautaire (A) que sur le plan national (B).

A. - Sur le plan communautaire

Il faut rappeler que dans une décision *Telaustria*, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, à propos d'une concession de service public, que les pouvoirs adjudicateurs qui concluent des contrats qui ne sont pas soumis à des procédures de publicité et de mise en concurrence en vertu de la directive 2004/18/CE « sont, néanmoins, tenus de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier », et que « ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté ». Et la Cour a précisé que « cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication », et soumis « notamment, à une obligation de transparence » qui « consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » ³⁶. Dans cet esprit, la Commission européenne indiquait que « tout acte contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers est à examiner à la lumière des règles et des principes découlant du traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services, ces principes incluant notamment les principes de transparence (publicité), d'égalité de traitement (mise en concurrence) de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle » ³⁷.

Certaines juridictions administratives du fond ont fait application de cette décision : le tribunal administratif de Paris

a par exemple jugé, à propos de la passation d'un bail emphytéotique administratif qui avait pour objet la rénovation et l'exploitation de logements appartenant à la Ville de Paris, « qu'il résulte des règles et principes découlant du traité instituant la Communauté européenne, que tout acte par lequel un pouvoir adjudicateur confie la prestation d'une activité économique à un tiers doit être examiné à la lumière des principes de publicité et de mise en concurrence, dès lors que ce tiers peut être regardé comme étant un opérateur économique engagé sur le marché » ³⁸. De même, le tribunal administratif de Nîmes a jugé, à propos d'une autorisation d'occupation du domaine public qui avait pour objet l'exploitation de petits trains touristiques, « qu'une convention d'occupation du domaine public n'est pas exclue du champ d'application des règles fondamentales posées par le traité de l'Union européenne qui soumettent l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs aux obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès à ces contrats » ³⁹. Plus récemment, la cour administrative d'appel de Versailles a incidemment admis de faire application de ces principes, à propos de la cession d'un immeuble communal ⁴⁰.

Pour une part de la doctrine, confortée par ces décisions, il faudrait comprendre qu'en application des principes généraux du Traité européen, et de la jurisprudence *Telaustria* qui les applique, toute convention qui a pour objet de céder ou de mettre une dépendance du domaine à la disposition d'un tiers doit être précédée d'un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence, à tout le moins si la dépendance peut être le siège d'une activité économique qui pourrait intéresser plusieurs opérateurs sur le marché ⁴¹.

Le Conseil d'État a toutefois incidemment condamné cette interprétation extensive des principes du droit européen, puisqu'il a considéré, on le disait, qu'il n'y avait pas d'obligations de mise en concurrence « même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel », et ce alors que le rapporteur public avait explicitement évoqué dans ses conclusions la jurisprudence *Telaustria* ⁴².

La question réapparaît toutefois autrement, mais cette fois sur le plan national.

B. - Sur le plan national

Sans doute dans la continuité de la jurisprudence *Telaustria*, c'est cette fois en effet au titre des « principes généraux de la commande publique » que la cour administrative d'appel de Marseille a récemment considéré que devait être soumise à des mesures de publicité et de mise en concurrence la vente d'un terrain communal qui emportait une obligation pour l'acquéreur de réaliser une cinquantaine de maisons individuelles suivant des prescriptions techniques détaillées. Tandis que le

35. Sur ce sujet, V. Y. Gaudemet, *Dans quelle mesure les opérations immobilières des personnes publiques sont-elles soumises au droit de l'Union européenne ?* : JCP A 2011, 2357.

36. CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria*.

37. Livre vert sur les partenariats publics-privés et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, avr. 2004.

38. TA Paris, 30 mai 2007, n° 0516131, *Préfet de Paris*.

39. TA Nîmes, 24 janv. 2008, n° 0620809, *Sté des trains touristiques Eisenreich*.

40. CAA Versailles, 2 déc. 2010, M. Caen, *préc.*

41. L. Givord, L. Ayache, *La mise en concurrence des titres d'occupation domaniale : une évolution achevée ?* : *Contrats publics*, n° 83, déc. 2008, p. 74.

42. CE, 3 déc. 2010, *Ville Paris*, *préc.*

rapporteur public soulignait que le contrat concerné ne pouvait pas être qualifié de marché ou de concession de travaux, faute de « rémunération » versée par la Ville, et donc de caractère « onéreux » qui puisse être donné au contrat, la cour a jugé que « la conclusion par ces personnes publiques de contrats emportant cession d'un immeuble de leur domaine privé dont l'objet principal est de confier à un opérateur économique la réalisation de travaux en vue de la construction, selon des spécifications précises imposées par lesdites personnes publiques, d'ouvrages qui, même destinés à des tiers, répondent à un besoin d'intérêt général défini par lesdites collectivités, est soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant des principes généraux de la commande publique »⁴³. Cette solution a été reprise récemment par le tribunal administratif de Nîmes⁴⁴. Et la cour administrative d'appel de Douai ne semble pas exclure non plus de pouvoir faire application de ces principes généraux de la commande publique⁴⁵.

Si, pour l'heure, cette jurisprudence « marseillaise » suscite plus le débat qu'elle ne pose le droit positif, il n'est toutefois pas absurde de penser qu'elle traduit un mouvement des juridictions administratives vers un élargissement du champ d'application de l'obligation de mise en concurrence des contrats immobiliers complexes ; mais un élargissement qui n'irait toutefois pas jusqu'à couvrir la portée qui, on le disait, a été donnée à la jurisprudence *Telaustria* par une part de la doctrine et certaines juridictions administratives.

La décision de la cour administrative d'appel de Marseille, éclairée par les conclusions du rapporteur public⁴⁶, semble en effet signifier, plus restrictivement, que la passation des contrats qui, de quelque façon que ce soit, renferment une

« commande publique » – parce qu'ils ont pour objet de confier à un opérateur le soin de satisfaire une « prestation » pour le compte d'une personne publique – doit être précédée d'un minimum de mesures de publicité et de mise en concurrence⁴⁷. Seraient dès lors *a priori* concernés les montages immobiliers qui peuvent être requalifiés de marchés ou de concessions de travaux au sens de la directive 2004/18/CE, mais qui sont en dessous des seuils de passation. Le seraient également ceux qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive ; soit à raison de leur objet, telles les délégations de service public ou les (vraies) concessions d'aménagement, qui sont soumises à des obligations de mise en concurrence, mais seulement au titre du droit national ; soit parce qu'ils satisfont un besoin qui n'est toutefois pas suffisamment précisé par la personne publique ; soit parce qu'ils satisfont une « prestation », mais sans toutefois que la collectivité ne verse à l'opérateur une contrepartie financière, excluant ainsi tout possibilité d'analyser le contrat comme conclu « à titre onéreux », et excluant donc tout possibilité de le qualifier de marché ou de concession de travaux.

En revanche, il faudrait exclure du droit de la commande publique les montages immobiliers dont l'objet principal demeure une simple opération immobilière, à l'occasion de laquelle la personne publique n'a pas autrement souhaité satisfaire un besoin, sinon que de solliciter de façon optimale le potentiel économique de son domaine ; et ce même si la dépendance va accueillir un vaste programme immobilier dont la « collectivité publique » pourra se satisfaire⁴⁸ ou à la conception duquel elle n'aura pas toujours été totalement étrangère⁴⁹.

43. CAA Marseille, 25 févr. 2010, n° 07MA03620, *Cne Rognes*.

44. TA Nîmes, 5 avr. 2012, n° 1000792, *Cne Langlade*.

45. CAA Douai, 25 oct. 2012, *Sté Immobilière Carrefour*, préc.

46. Conclusions F. Dieu sur CAA, Marseille, 25 févr. 2010, *Cne Rognes*, préc.

47. En ce sens, C. Bardot, Y. Simonnet, *Telaustria : quel périmètre ?* : Dr. adm. 2009, étude 2.

48. CAA Douai, 25 oct. 2012, *Sté Immobilière Carrefour*, préc.

49. CAA Nancy, 29 nov. 2007, n° 06NC01189, *Sté ATAC*.