

Les contrats conclus par le concessionnaire d'aménagement

- Les opérations d'aménagement pouvant être réalisées par toute personne y ayant vocation, les contrats conclus par les concessionnaires d'aménagement pourront être administratifs ou de droit privé.
- De la même manière, les règles auxquelles leur passation sera soumise pourront varier selon que le concessionnaire a ou non la qualité de pouvoir adjudicateur.

Auteur

Philippe Proot, avocat au barreau de Paris, spécialiste en droit public, cabinet Symchowicz & Weissberg

Références

Art. L. 300-5-1 et R. 300-12 à R. 300-14 du code de l'urbanisme

Mots clés

Concessionnaire d'aménagement • Contrat • Nature • Personne publique • Personne privée • Compétence • Passation • Pouvoir adjudicateur • Marché public • Règles de concurrence •

Sous le double coup d'avancées jurisprudentielles nationales⁽¹⁾ comme communautaires⁽²⁾ et d'évolutions législatives⁽³⁾ et réglementaires⁽⁴⁾, les premières motivant les secondes, les concessions d'aménagement, qu'il s'agisse de leur qualification ou de leur passation, ont été depuis environ cinq ans sous les feux de la rampe. En revanche, les contrats conclus par le concessionnaire d'aménagement pour les besoins de l'exécution de la concession, s'ils n'ont pas été laissés de côté, du moins en ce qui concerne leur passation, n'ont toutefois récemment guère suscité l'attention, hormis naturellement dans quelques ouvrages spécialisés⁽⁵⁾. Eu égard au fait qu'une concession d'aménagement peut, en vertu de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, être conclue avec « toute personne y ayant vocation »⁽⁶⁾, le concessionnaire d'aménagement pourra donc aussi bien être une personne morale de droit public qu'une personne morale de droit privé, le droit communautaire

(1) CAA Bordeaux 9 novembre 2004, Sodegis, n° 01BX00381 : BJCP, 2005/39, p.117, concl. Di Péano – CAA Versailles 12 mars 2009, Cne de Clichy-la-Garenne, n° 07VE02221 : à paraître au Lebon ; JCP A, n° 2119, note P. Proot ; AJDA, p.1201, note J.-D. Dreyfus, et p.1433, note J. Grand d'Esnon.

(2) CJCE 18 janvier 2007, Jean Auroux c/Cne de Roanne, aff. C-220/05.

(3) Loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement ; loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

(4) Décret n° 2006-959 du 31 juillet 2006 relatif aux conditions de passation des concessions d'aménagement et des marchés conclus par les concessionnaires et modifiant le code de l'urbanisme ; décret n° 2009-889 du 22 juillet 2009 relatif aux concessions d'aménagement.

(5) J. Michon, Les concessions d'aménagement, Éditions Le Moniteur, 2006, p.159-162 ; A. Pelcran et P. Bonamy, Les concessions d'aménagement en pratique, LexisNexis, 2007, p.84-91 ; S. Demeure, J.-Y. Martin et M. Ricard, La ZAC, Éditions Le Moniteur, 2^e éd., 2008, p.180-182.

(6) Précisons qu'antérieurement à la loi du 20 juillet 2005, il était déjà prévu que des « concessions d'aménagement » (loi n° 94-112 du 9 février 1994) ou des « conventions publiques d'aménagement » (loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000) pouvaient être conclues avec des établissements publics, disposant alors de prérogatives de puissance publique.

admettant naturellement qu'une entité publique puisse être qualifiée d'«opérateur économique» et soit titulaire d'un marché public ou d'une concession au sens de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ⁽⁷⁾, la seule réserve étant, en droit interne, le respect du principe de spécialité des personnes publiques⁽⁸⁾. De fait, les contrats conclus par le concessionnaire d'aménagement pour les besoins de l'exécution de sa concession pourront être, selon les cas, des contrats administratifs ou des contrats de droit privé (I); de même, les corps de règles auxquels sera soumise leur passation pourront être très variables (II).

I. La nature des contrats passés par le concessionnaire d'aménagement

Tout d'abord, de la nature publique ou privée du concessionnaire, ainsi que de certains autres facteurs, dépendra la nature publique ou privée des contrats qu'il passe pour l'exécution de la concession (A). Et, corrélativement, en cas de contentieux, de cette qualification dépendra la détermination du juge compétent (B).

A) La qualification des contrats passés par le concessionnaire d'aménagement

En premier lieu, s'agissant de la qualification des contrats conclus pour l'exécution de la concession, il y aura lieu d'appliquer les règles traditionnelles d'identification des contrats; on peut toutefois rappeler certaines solutions dérogatoires qui, en l'espèce, pourront trouver à s'appliquer.

Premièrement, si le concessionnaire d'aménagement est une personne publique, les contrats qu'il passera pour l'exécution de la concession pourront être administratifs par application des critères habituels, et plus particulièrement l'existence d'une clause exorbitante du droit commun ou le lien avec l'exécution de travaux publics⁽⁹⁾. Mais, naturellement, dès lors que les contrats en cause seront, le plus souvent, qualifiables de marchés publics et, partant, seront «passés en application du code des marchés publics», ils seront de ce seul fait administratifs en vertu de l'article 2 de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (Murcef), les critères habituels n'ayant plus guère qu'une valeur résiduelle⁽¹⁰⁾. Eu égard au grand nombre de contrats ainsi concernés dans le cadre de l'exécution de

la concession (études diverses, maîtrise d'œuvre, contrats de travaux, le cas échéant fournitures et prestations de services destinées à faciliter la promotion et la commercialisation des lots viabilisés), la loi Murcef trouvera à s'appliquer dans la très grande majorité des cas.

À l'inverse, lorsque le concessionnaire sera une personne privée, les contrats qu'il sera amené à passer seront normalement de droit privé (si son cocontractant est également une personne privée) puisqu'un contrat conclu entre deux personnes privées est en principe un contrat de droit privé⁽¹¹⁾, et qu'il est, à cet égard, indifférent (ou en tout cas insuffisant ainsi qu'on le verra ci-après) que ce contrat ait pour objet l'exécution de travaux publics⁽¹²⁾ ou encore qu'il se réfère au code des marchés publics ou à un cahier des clauses administratives générales ou qu'il comporte une clause exorbitante du droit commun⁽¹³⁾. Le contrat de fournitures que le concessionnaire privé conclurait pour les besoins de sa concession avec un fournisseur également privé relèverait ainsi du droit privé et, subséquemment, du juge judiciaire⁽¹⁴⁾.

Deuxièmement, le fait que soit toutefois en cause l'exécution d'une concession d'aménagement pourra être de nature à rendre plus fréquente en pratique le recours à une solution ancienne, mais très fortement dérogatoire aux règles qui viennent d'être rappelées. On sait en effet qu'en vertu de ce que l'on a pu appeler un mandat administratif⁽¹⁵⁾ ou un mandat tacite⁽¹⁶⁾, le concessionnaire d'aménagement, bien que maître d'ouvrage⁽¹⁷⁾ et, à ce titre, censé conclure pour son compte les contrats qui lui sont nécessaires, a pu être considéré, en vertu d'un faisceau d'indices, comme concluant en réalité «pour le compte» de la personne publique concédante certains contrats⁽¹⁸⁾, lesquels

(11) L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 6^e éd., LGDJ, 2008, n°163, p.121; G. Braibant, *concl. sur TC 7 janvier 1972, SNCF c/Solon et Barrault* : RDP, 1973, p.473.

(12) CE 16 mars 1966, *Sté des eaux de Marseille*, n°65551 : Lebon, p.1019 – CE 21 juillet 1972, *Sté «Entreprise Ossude»*, n°78563 : Lebon, p.562 – TC 25 juin 1973, *Semvi*, n°1981 : Lebon, p.846 – TC 24 novembre 1997, *Sté De Castro c/Bourcy et Sole*, n°03060 : Lebon, p.540 – TC 17 décembre 2001, *Sté Rue impériale de Lyon c/Sté Lyon Parc Auto*, n°3262 : Lebon, p.760; BJC, 2002/21, p.127, *concl. Bachelier, obs. RS*; *Contrats marchés publ. 2002*, n°54, *note Soler-Couteau*; DA 2002, n°49, *note Delacour* : « Considérant que le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la juridiction administrative sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé; considérant que les marchés passés avec les deux entreprises, par la société Lyon Parc Auto, maître de l'ouvrage, agissant pour son propre compte et non pour le compte de la communauté urbaine de Lyon, sont des contrats de droit privé. » Ainsi que l'explique encore le commissaire du gouvernement Gilles Bachelier sur cette dernière décision : « L'effet attractif de la notion de travail public trouve donc sa limite dans la règle selon laquelle les contrats conclus par des personnes privées avec d'autres personnes privées ne sont pas administratifs quels que soient leur objet et leur contenu. Cette règle a pour elle le mérite de la simplicité et de la clarté et elle fonde de manière générale le système de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction. »

(13) CE 14 novembre 1973, *Sté du canal de Provence et d'aménagement de la région provençale*, n°86219 : Lebon, p.924 – TC 26 mars 1990, *Asso. nationale pour la formation professionnelle des adultes (Afpna)*, n°02596 – CE 9 février 1994, *Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône*, n°126485 : Lebon, p.63 – TC 17 décembre 2001, *préc.*

(14) TC 7 juin 1999, *Cne de Ceyzeriat*, n°03107 : Lebon, p.453.

(15) M. Canedo, *Le mandat administratif*, thèse, LGDJ, 2001.

(16) F. Moderne, *note sous CE sect. 30 mai 1975* : D. 1976.3.

(17) Art. L. 300-4 C. urb. Voir aussi CE 20 janvier 1992, *Ville de Talant, Sté d'économie mixte d'aménagement de l'agglomération dijonnaise*, n°46624.

(18) CE sect. 30 mai 1975, *Sté d'équipement de la région montpelliéraine*, n°86738 : Lebon, p.326 : *construction de voies publiques dans une zone à urbaniser en priorité selon un cahier des charges et avec les subventions versées aux collectivités publiques, les voies étant remises dès leur achèvement à la commune qui était substituée à la SEM pour la garantie décennale* – TC 7 juillet 1975, *Cne d'Agde*, n°02013 : Lebon, p.798 : même

(7) Voir l'article 4 de la directive 2004/18 et les conclusions prononcées, pour son interprétation, par l'avocat général Ján Mazák le 3 septembre 2009 sur l'affaire C-305/08, CoNISMA.

(8) CE 11 août 2009, *CCI de Valenciennes*, n°300829 : JCPA, octobre 2009, *note A. Hourcabie (à paraître)*.

(9) CE 10 juin 1921, *Cne de Montségur* : Lebon, p.573 ; D. 1922.3.36, *concl. Corneille* ; Gaja, 17^e éd. ; Dalloz, 2009, n°37, p.226 – CE 7 août 2008, *Sagep*, n°289329 : BJC, 2009/62, p.40, *concl. Glaser, obs. CM* : *rappelant « qu'ont le caractère de travaux publics, alors même qu'ils seraient réalisés par des personnes privées, les travaux immobiliers exécutés dans un but d'utilité générale et pour le compte d'une personne publique » et que la juridiction administrative est dès lors compétente pour en connaître.*

(10) N. Symchowicz et P. Proot, « Vers la mort des critères du contrat administratif », CP-ACCP, n°1, juin 2001, p.54.

ont alors été regardés comme administratifs dès lors qu'ils avaient pour objet l'exécution de travaux publics. La théorie du mandat tacite permettant toutefois juste d'identifier une personne publique en arrière-plan, un contrat qui serait passé par un concessionnaire d'aménagement dont plusieurs indices laisseraient à penser qu'il agit en réalité pour le compte de la personne publique concédante pourrait aussi être administratif parce qu'il contiendrait par exemple une clause exorbitante⁽¹⁹⁾. S'agissant d'un faisceau d'indices, la reconnaissance d'un mandat dépendra donc de différents éléments ; au vu d'une solution récente, on peut toutefois se demander si, en cas de travaux, l'absence de remise de l'ouvrage réalisé à la personne publique concédante à l'achèvement de celui-ci interdit en tout état de cause d'identifier un tel mandat⁽²⁰⁾.

B) La détermination du juge compétent

En second lieu, de la nature du contrat dépendra bien évidemment le juge compétent : juge administratif en cas de contrat administratif, juge judiciaire en cas de contrat de droit privé. Sur ce point, il convient essentiellement de souligner le fait que cette dichotomie se retrouvera au stade de la passation des contrats conclus par le concessionnaire pour l'exécution de la concession puisqu'en cas de contentieux relatif à la régularité de cette passation, le juge appelé à connaître d'éventuels référés précontractuels ou contractuels pourra être aussi bien le juge administratif que le juge judiciaire. Ainsi, et pour les contrats dont la consultation sera engagée à compter du 1^{er} décembre 2009, le juge administratif sera compétent « en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public »⁽²¹⁾. À l'inverse, le juge judiciaire sera compétent « en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par des pouvoirs adjudicateurs des contrats de droit privé ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation »⁽²²⁾. Sur ce dernier point, il convient de préciser que les contestations devront être portées devant

« des tribunaux de grande instance spécialement désignés » pour en connaître⁽²³⁾.

Le fait qu'il soit par ailleurs fait référence, dans les deux cas, aux « pouvoirs adjudicateurs » doit sans doute conduire à écarter toutefois de ces procédures de référé les contrats passés par les concessionnaires d'aménagement n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur⁽²⁴⁾. Ce qui appelle la question des règles de passation dont auront à connaître ces juges.

II. Les règles de passation des contrats passés par le concessionnaire d'aménagement

Ensuite, s'agissant des règles de passation⁽²⁵⁾ applicables aux contrats passés par les concessionnaires d'aménagement, on ne peut que constater le fait que la diversité des concessionnaires potentiels induit l'application de divers corps de règles. Théoriquement, trois situations peuvent être distinguées pour déterminer la procédure de passation des marchés d'un aménageur concourant à l'opération prévue dans une concession d'aménagement : soit le concessionnaire est une personne soumise au code des marchés publics et doit ainsi l'appliquer en sa qualité de pouvoir adjudicateur relevant des articles 1 et 2 du code des marchés publics ; soit le concessionnaire est soumis à 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 et au décret n° 2005-1742 du 30 décembre 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 ; soit, enfin, le concessionnaire ne relève d'aucune de ces dispositions et, dans ce cas, il convient de se référer aux articles L. 300-5-1 et R. 300-12 à R. 300-14 du code de l'urbanisme, renvoyant au titre III du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005. Une *summa divisio* peut toutefois être faite entre les concessionnaires ayant la qualité de pouvoir adjudicateur au sens du droit communautaire (A) et ceux ne l'ayant pas (B).

A) Le concessionnaire d'aménagement pouvoir adjudicateur

En premier lieu, lorsque le concessionnaire d'aménagement constitue un pouvoir adjudicateur au sens du droit communautaire des marchés publics, il sera en tout état de cause tenu au respect de ses règles pour les marchés et contrats qu'il passera

solution pour la réalisation de réseaux d'assainissement et de distribution d'eau potable pour l'aménagement d'une station touristique – CE sect. 27 novembre 1987, *Sté provençale d'équipement*, n° 38318 : Lebon, p. 384 ; RFDA, 1988, p. 384, concl. Fornacciarì, note F. Moderne : même solution pour la réalisation d'un réseau d'assainissement dans une zone industrielle, l'arrêt employant expressément l'expression de « mandataire ». Pour un recensement plus important de jurisprudence, voir F. Moderne, note précitée, spéc. p. 401.

(19) R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien, 2001, n° 740-3^e, p. 571 ; G. Bachelier, *préc.*

(20) CE 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, n° 297509 : Contrats marchés publ., n° 284, note G. Eckert – (antérieurement) CE 22 juillet 1977, *Sté « Nord Océan Poirsos et compagnie »*, n° 99180 : Lebon, p. 348.

(21) Art. L. 551-1 à L. 551-24 du code de justice administrative, dans leur rédaction résultant de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (art. 1^{er}) et de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics (art. 24).

(22) Ord. n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (art. 2 à 20).

(23) Article L. 211-14 du code de l'organisation judiciaire créé par l'article 25 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 et remplaçant l'article L. 211-13 créé de façon identique et par erreur par l'article 21 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 à la place d'un article L. 211-13 déjà créé par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

(24) À l'inverse de ce qui est expressément prévu par l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concessions de travaux publics pour les marchés des concessionnaires de travaux n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur.

(25) La question peut parfois se poser de l'application d'autres règles ; ainsi de la question de la possibilité pour le concessionnaire d'aménagement de transférer à un tiers la maîtrise d'ouvrage – qui normalement lui incombe – en vendant à un acquéreur un terrain et en lui imposant d'y réaliser un équipement public qu'il revendra à la personne publique concédante (voir É. Fatôme et P. Terneyre, *commentaire sous CE 31 janvier 1995, avis n° 356960 des sections de l'intérieur et des travaux publics réunies*, Les grands avis du Conseil d'État, 3^e éd., Dalloz, 2008, p. 297, spéc. p. 321-322).

pour les besoins de la concession, règles déclinées en droit interne par, d'une part, le code des marchés publics et, d'autre part, l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et son décret d'application⁽²⁶⁾. On sait en effet qu'un pouvoir adjudicateur est considéré comme ayant toujours cette qualité, pour la passation de l'ensemble de ses marchés, même si certains de ces marchés sont passés pour les besoins d'activités qui, n'ayant pas pour objet de satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, n'auraient pas suffi à elles seules à entraîner sa qualification de pouvoir adjudicateur⁽²⁷⁾. Et, de la même manière, il a été expressément jugé que, lorsqu'un pouvoir adjudicateur passe un contrat qualifiable de marché public, il n'y a pas lieu de rechercher s'il le fait pour lui-même ou pour le compte d'un tiers et notamment pour les besoins de l'exécution d'une concession dont il serait titulaire; il est tenu d'appliquer la réglementation des marchés dont sa qualité de pouvoir adjudicateur implique le respect⁽²⁸⁾. On peut ajouter que l'existence de cette obligation pour le concessionnaire d'appliquer pour la passation de ses propres marchés les règles du droit communautaire (ou leur transposition) ne saurait dispenser le pouvoir adjudicateur concédant de respecter les règles de passation pertinentes pour l'attribution de la concession d'aménagement⁽²⁹⁾.

D'un point de vue pratique, on peut estimer qu'un concessionnaire pouvoir adjudicateur pourra publier un avis d'appel public à la concurrence pour la passation d'un marché alors même qu'il n'est pas encore attributaire de la concession d'aménagement, ceci afin de réduire les délais opérationnels⁽³⁰⁾. Encore faut-il

toutefois qu'il dispose à ce stade des éléments d'information nécessaires pour assurer une publicité suffisante de son projet de marché⁽³¹⁾, ce qui pourra être parfois délicat dans la mesure où, d'une part, le concédant peut n'adresser à chacun des candidats un document précisant les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement et indiquant le programme global prévisionnel des équipements et des constructions projetés ainsi que les conditions de mise en œuvre de l'opération qu'une fois le délai de présentation des candidatures expiré (art. R. 300-7 du code de l'urbanisme) et, d'autre part, où la passation d'une concession d'aménagement peut donner lieu à négociation (art. R. 300-8).

B) Le concessionnaire n'ayant pas la qualité de pouvoir adjudicateur

En second lieu, il s'avère que le concessionnaire n'ayant pas *ab initio* la qualité de pouvoir adjudicateur (ce qui sera en pratique le cas d'aménageurs purement privés) sera également soumis au respect de règles de passation pour l'attribution de certains contrats nécessaires à l'exécution de la concession. Ceci peut s'expliquer par le fait que les concessionnaires de travaux sont également soumis à de telles obligations pour l'attribution de leurs marchés de travaux⁽³²⁾ et que la France a paru initialement assimiler aux concessions de travaux au sens communautaire l'ensemble des concessions d'aménagement, que les SEML étaient initialement assujetties à des obligations similaires⁽³³⁾ ou encore qu'à l'heure de l'ouverture à la concurrence de l'attribution des concessions d'aménagement, le législateur n'a pas voulu défavoriser les SEML et les établissements publics candidats et a étendu à leurs concurrents privés les contraintes procédurales qui étaient les leurs.

Quoi qu'il en soit, l'article L. 300-5-1 du code de l'urbanisme issu de la loi du 20 juillet 2005 dispose depuis que: « Lorsque le concessionnaire n'est pas soumis au code des marchés publics ou aux dispositions 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, les contrats d'études, de maîtrise d'œuvre et de travaux conclus par lui pour l'exécution de la concession sont soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence définie par

(26) En effet, le code des marchés publics n'étant pas applicable aux personnes privées, une SEM par exemple n'y sera pas soumise, quand bien même elle serait concessionnaire de travaux publics (CE 19 novembre 2004, Sté National Westminster Bank, n° 231103 : Lebon, p. 761). Cela étant, compte tenu de ce que l'ordonnance du 6 juin 2005 n'a vocation qu'à transposer les règles de passation prévues par la directive 2004/18, comme le fait par ailleurs le code des marchés publics pour les personnes qui lui sont soumises, les règles sont au final globalement les mêmes et, partant, la jurisprudence rendue par le juge administratif pour l'application et l'interprétation du code des marchés publics est parfaitement transposable à l'ordonnance du 6 juin 2005, le Conseil d'État faisant ainsi application aux marchés passés sur le fondement de l'ordonnance des règles qu'il a dégagées sous l'empire du code (pour un exemple récent et particulièrement topique: CE 3 juin 2009, Groupement d'intérêt public-carte du professionnel de santé, n° 319103).

(27) La Cour de justice des Communautés européennes a en effet déjà indiqué que l'organisme dont seule une faible partie des activités devait être regardée comme des activités destinées à satisfaire un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, devait néanmoins être qualifié pour le tout d'organisme de droit public et, partant, de pouvoir adjudicateur (CJCE 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., aff. C-44/96 : CJEG, 1998, p. 239, note C. Bréchon-Moulènes et L. Richer - CJCE 10 avril 2008, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH c/Fernwärme Wien GmbH, aff. C-393/06 : BJCP, 2008/59, p. 261, concl. Ruiz-Jarabo Colomer ; Contrats marchés publ., n° 124, note W. Zimmer, Lamy Droit public des affaires, juin 2008, note Cattier et Proot).

(28) Voir à propos d'un marché passé par une commune avec une société pour les besoins de l'exécution d'un marché dont elle était elle-même attributaire: « La même directive ne fait pas de distinction entre les marchés passés par un pouvoir adjudicateur pour accomplir sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général et ceux qui n'ont pas de rapport avec cette mission [...]. De même, il est sans importance que le pouvoir adjudicateur entende opérer lui-même comme prestataire de services et que le marché en cause vise, dans ce cadre, la sous-traitance d'une partie des activités à un tiers. En effet, il n'est pas exclu que la décision du pouvoir adjudicateur concernant le choix de ce tiers repose sur des considérations autres qu'économiques. Il s'ensuit que, quels que puissent être la nature et le contexte du marché litigieux, celui-ci constitue un "marché public" au sens de l'article 1^{er}, sous a), de la directive 92/50. » (CJCE 18 novembre 2004, Commission c/Allemagne, aff. C-126/03 : DA 2005, n° 16, note A. Ménéménis).

(29) CJCE 18 janvier 2007, Jean Auroux c/Cne de Roanne, aff. C-220/05, points 58-68.

(30) CJCE 18 novembre 2004, préc., points 22-23: admettant implicitement la faculté pour un pouvoir adjudicateur de publier un avis de publicité pour le choix d'un sous-traitant en vue de l'exécution d'un contrat dont il n'est pas encore attributaire. Ajoutons que, pour sa part, le Conseil d'État a admis,

dans un contexte toutefois assez particulier, que pouvait être publié un avis d'appel public à la concurrence en vue de la passation d'un marché relatif à une opération dont toutes les modalités n'étaient pas encore totalement arrêtées, ceci afin de tenir compte des contraintes et des délais inhérents au respect des règles de mise en concurrence (CE 20 mai 2005, René X., n° 277837 : Contrats marchés publ., n° 190, note Llorens).

(31) L'avis d'appel public à la concurrence devant assurer une publicité complète (CE 8 avril 2005, Sté Radiometer, n° 270476 : Lebon, p. 698) et précise (CE 29 décembre 1997, Dpt de Paris, n° 159693 : Lebon, p. 203 - CE 8 août 2008, Région de Bourgogne, n° 307143).

(32) Directive 2004/18 du 31 mars 2004, articles 63-65, et ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concessions de travaux publics, articles 12-16 (sur cette ordonnance : AJDA, 2009, p. 1882, comm. P. Cossalter ; JCPA, 2009, n° 2214, comm. F. Linditch ; Contrats marchés publ., 2009, étude n° 9, comm. Clamour, achatpublic.info 10 septembre 2009, comm. Nigri, achapublic.info 2 octobre 2009, comm. A. Ménéménis, DA 2009, n° 128, comm. Proot). On peut au passage relever que l'exception prévue par ces textes en cas de conclusion d'un marché de travaux par un concessionnaire de travaux avec une entreprise liée n'a pas été reprise pour les marchés de travaux des concessionnaires d'aménagement.

(33) Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, article 48-I, et décret n° 93-584 du 26 mars 1993.

décret en Conseil d'État ». La procédure en question résulte des articles R. 300-12 à R. 300-14, dont le contenu est distribué selon un plan assez curieux puisque, en réalité, de ces articles résulte un principe (art. R. 300-12 al. 1^{er} et art. R. 300-14) et une exception (art. R. 300-12 al. 2nd et art. R. 300-13). Ainsi, lorsque le concessionnaire n'est pas un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance n°2005-649, «les contrats d'études, de maîtrise d'œuvre et de travaux qu'il passe pour l'exécution de la concession sont conclus dans les conditions définies par le titre III du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 pris pour l'application de cette ordonnance », décret modifié par le décret n°2008-1334 du 17 décembre 2008⁽³⁴⁾. Cela étant, lorsque leur montant se situe en dessous des seuils européens, «les marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur », ainsi que le permet l'article 10 du décret n°2005-1742. Le concessionnaire devra en outre informer le concédant, dans un délai de trente jours à compter de la conclusion de ces contrats, du nom du titulaire ainsi que du montant du contrat (art. R. 300-14).

Toutefois, et c'est l'exception susmentionnée, il est prévu que, «lorsque la participation financière prévisionnelle cumulée du concédant et d'autres personnes publiques, prévue au II et au III de l'article L. 300-5, est inférieure ou égale à 135000 euros hors

taxes⁽³⁵⁾ et lorsque les terrains susceptibles, le cas échéant, d'être expropriés ou acquis par voie de préemption ou les terrains appartenant au concédant destinés à être cédés au concessionnaire représentent moins de 10% des terrains inclus dans le périmètre de l'opération, les contrats d'études, de maîtrise d'œuvre ou de travaux ne sont pas soumis à ces règles ». Mais, en pareil cas, et en vertu de l'article R. 300-13, les marchés concernés sont alors passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées librement par le concessionnaire; ce qui impliquera une publicité du projet de marché tenant compte de l'objet du contrat et de son montant⁽³⁶⁾ et l'annonce des critères d'attribution et de leurs conditions de mise en œuvre dans l'avis de publicité ou le cahier des charges⁽³⁷⁾.

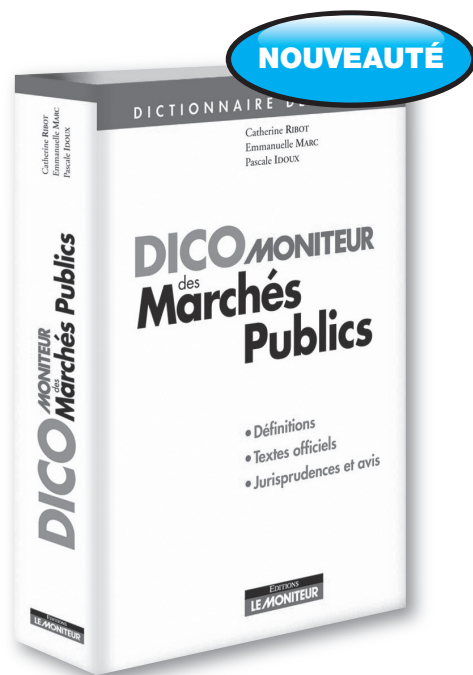
Les marchés des concessionnaires d'aménagement et les règles y afférentes présentent donc une assez grande diversité et, compte tenu de ce que le juge administratif comme le juge judiciaire peuvent être amenés à en connaître, les problèmes de qualification et d'articulation qu'ils peuvent parfois poser donneront sans doute encore lieu à d'importantes décisions. ■

(35) Ce qui correspond au seuil des marchés publics de services pour l'État pour la période courant du 1^{er} janvier 2006 au 31 décembre 2007.

(36) Voir par analogie CE 7 octobre 2005, Région Nord-Pas-de-Calais, n°278732 : Lebon, p.423 ; BJC, 2006/44, p.10, concl. D. Casas, obs. CM.

(37) CE sect. 30 janvier 2009, ANPE, n°290236 : BJC, 2009/64, p.201, concl. Dacosta, obs. CM.

(34) Sur cette modification, Contrats marchés publ., 2009, étude n°1, comm. Moreau ; CP-ACCP, 2009, n°85, p.69, comm. Proot.



Le seul dictionnaire professionnel pour maîtriser tous vos marchés publics

Vous êtes praticien privé de la commande publique, juriste de collectivité, élu ou agent territorial, entrepreneur ou maître d'œuvre et vous avez fréquemment besoin de la définition concise d'une notion courante sur les marchés publics ? Cet ouvrage, **conçu de façon didactique et synthétique**, est le seul dictionnaire des marchés publics de cette ampleur, proposé dans un **format de poche** pour un **usage immédiat** en toutes circonstances. Il vous garantit de trouver **la bonne et suffisante jurisprudence en vous référant directement au texte officiel utile. L'analyse des différentes notions, la mention des principaux textes réglementaires et de la jurisprudence essentielle** en font un outil sûr et indispensable, quel que soit le niveau de complexité recherché.

Catherine Ribot, Emmanuelle Marc et Pascale Idoux – Hors collection
2009 – 642 pages – 50 € – Réf. commande : 112678

Commander cet ouvrage sur editionsdumoniteur.com

EDITIONS
LE MONITEUR
editionsdumoniteur.com