

	Documents
1.	L'immeuble en état futur d'achèvement et le marché public de travaux - Commentaire par Philippe Proot La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales 9 Février 2015 09 Février 2015 Type d'article : Commentaires JCP A 2015, 2031

[null](#)

Document 1 de 1



La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 6, 9 Février 2015, 2031

L'immeuble en état futur d'achèvement et le marché public de travaux

Commentaire par Philippe Proot
avocat au barreau de Paris, spécialiste en droit public, cabinet AdDen avocats

Sommaire

La Cour de justice de l'Union européenne confirme qu'un contrat portant sur la location d'un immeuble en état futur d'achèvement a pour objet principal la réalisation de l'ouvrage et qu'il peut, si l'ouvrage répond aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur, constituer un marché public de travaux. Il ne relève pas, dès lors, de l'exclusion prévue à l'article 16-a de la directive n° 2004/18.

CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-213/13, Impresa Pizzarotti & C.SpA c/ Commune de Bari et a.

(...)

Le cadre juridique

La directive 92/50/CEE

o 3 L'article 1er, sous a), de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), disposait :

« Aux fins de la présente directive :

a) les '*marchés publics de services*' sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur, à l'exclusion :

[...]

iii) des marchés 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 ou qui concernent des droits sur ces biens [...]

[...] »

La directive 93/37/CEE

o 4 L'article 1er, sous a), de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), définissait les « marchés publics de travaux », aux fins de cette directive, comme « des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ».

[...]

Sur la première question

o 39 Par sa première question, qu'il convient de reformuler en fonction des dispositions du droit de l'Union applicables *ratione temporis* à l'affaire au principal, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1er, sous a), de la directive 93/37 doit être interprété en ce sens qu'un contrat comportant un engagement de donner en location des biens immeubles non encore construits constitue un marché public de travaux, en dépit de la présence d'éléments caractéristiques d'un contrat de location, et ne relève pas, dès lors, de l'exclusion visée à l'article 1er, sous a), iii), de la directive 92/50.

o 40 À cet égard, il y a lieu de rappeler d'emblée, d'une part, que la question de savoir si une opération constitue, ou non, un marché public de travaux, au sens de la réglementation de l'Union, relève du droit de l'Union. La qualification du contrat envisagé de « contrat de location », mise en exergue par Pizzarotti et par le gouvernement italien, n'est pas déterminante à cet égard (voir, en ce sens, arrêt Commission/Allemagne, C-536/07, EU :C :2009 :664, point 54 et jurisprudence citée).

o 41 D'autre part, lorsqu'un contrat comporte à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux et des éléments ayant trait à un autre type de marché, il convient de se référer à son objet principal pour déterminer sa qualification juridique et les règles de l'Union applicables (voir, en ce sens, arrêts Auroux e.a., C-220/05, EU :C :2007 :31, point 37 ; Commission/Italie, C-412/04, EU :C :2008 :102, point 47, et Commission/Allemagne, EU :C :2009 :664, point 57).

o 42 Dans l'affaire au principal, il ressort du dossier dont dispose la Cour que, au moment où le Comune di Bari s'est vu proposer par Pizzarotti la conclusion du contrat en cause, la réalisation de l'ouvrage concerné par ce contrat n'avait pas encore été entamée. Dans ces circonstances, il convient de considérer que l'objet principal dudit contrat réside dans cette réalisation, que présuppose, en effet, nécessairement la mise en location ultérieure de cet ouvrage (voir, en ce sens, arrêt Commission/Allemagne, EU :C :2009 :664, point 56).

o 43 Ainsi que l'a souligné le gouvernement allemand, encore faut-il, pour pouvoir conclure à l'existence d'un « marché public de travaux », au sens de la directive 93/37, que la réalisation de l'ouvrage projeté réponde aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur (arrêt Commission/Allemagne, EU :C :2009 :664, point 55).

o 44 Il en va ainsi lorsque ce dernier a pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci (voir, en ce sens, arrêt Helmut Müller, C-451/08, EU :C :2010 :168, point 67).

o 45 Dans l'affaire au principal, le projet d'« acte d'engagement de donner en location », qui est mentionné par la juridiction de renvoi comme étant la dernière forme suggérée du contrat proposé par Pizzarotti au Comune di Bari, se réfère, à son considérant 10, au cadre d'exigences qui avait été établi par la Corte d'appello di Bari aux fins de la publication de l'avis d'étude de marché concerné. L'article 7 de ce projet d'acte réserve à l'administration le droit de vérifier, avant la réception de l'ouvrage, la conformité de celui-ci à ce même cadre d'exigences.

o 46 Ce dernier précise les différentes caractéristiques techniques et technologiques de l'ouvrage projeté ainsi que, en fonction d'un ensemble de données statistiques relatives aux activités juridictionnelles de l'arrondissement de Bari (nombre d'affaires civiles et pénales, nombre

hebdomadaire d'audiences par juridiction, nombre de magistrats du siège ou du parquet, nombre de membres du personnel administratif, de la police judiciaire ou des services de sécurité, nombre d'avocats inscrits au barreau de Bari, etc.), les besoins spécifiques de chacune des juridictions relevant de cet arrondissement judiciaire (nombre de bureaux et de salles d'audience, de conférence, de réunion et d'archivage nécessaires, superficie des pièces, modes de communication interne), de même que certains besoins communs, tels que la capacité d'accueil des parcs de stationnement.

o 47 Contrairement à ce que soutiennent Pizzarotti et le gouvernement italien, un tel cadre d'exigences place le Comune di Bari en position d'influer de manière déterminante sur la conception de l'ouvrage à construire.

o 48 Il s'ensuit que le contrat envisagé dans l'affaire au principal a pour objet principal la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

o 49 Certes, ainsi que le relève la juridiction de renvoi, le projet d'« acte d'engagement de donner en location » comporte également certains éléments caractéristiques d'un contrat de location. Devant la Cour, l'accent a été mis sur le fait que la contrepartie financière à la charge de l'administration correspond, aux termes de l'article 5 de ce projet, à un « loyer annuel » de 3,5 millions d'euros, à payer pendant les 18 années de la durée du contrat. Selon les indications fournies par Pizzarotti et par le gouvernement italien, cette contrepartie globale, d'un montant de 63 millions d'euros, serait nettement inférieure au coût total estimé de l'ouvrage, qui avoisinerait la somme de 330 millions d'euros.

o 50 Il convient cependant de rappeler, à cet égard, que l'élément déterminant aux fins de la qualification du contrat concerné est l'objet principal de celui-ci, et non le montant de la rémunération de l'entrepreneur ou les modalités de règlement de celle-ci (arrêt Commission/Allemagne, EU :C :2009 :664, point 61).

o 51 Du reste, ni l'article 4 du projet d'« acte d'engagement de donner en location », selon lequel le contrat prend fin automatiquement à l'expiration d'une période de 18 années, ni la disposition de la législation italienne relative à la comptabilité générale de l'État, mise en exergue par le gouvernement italien, qui exige que les contrats conclus par les autorités publiques aient un terme et une durée certains et qui interdit que ces contrats représentent une charge continue pour l'État, ne feraient obstacle, ainsi qu'il est ressorti des débats lors de l'audience, à la conclusion, à l'expiration du premier contrat envisagé, d'un ou de plusieurs contrats ultérieurs qui garantiraient à Pizzarotti la rémunération de tout ou d'une partie substantielle des travaux exécutés aux fins de la réalisation de l'ouvrage concerné.

o 52 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 1er, sous a), de la directive 93/37 doit être interprété en ce sens qu'un contrat qui a pour objet principal la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur constitue un marché public de travaux et ne relève pas, dès lors, de l'exclusion visée à l'article 1er, sous a), iii), de la directive 92/50, alors même qu'il comporte un engagement de donner en location l'ouvrage concerné. (...)

Note :

Par une décision rendue le 10 juillet 2014 (CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. SpA c/ Commune de Bari et a.*), la Cour de justice de l'Union européenne se prononce, à notre connaissance, pour la première fois (si l'on excepte une mention lapidaire au point 42 de CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller GmbH* : *JurisData* n° 2010-003820 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, comm. 164, note W. Zimmer), sur l'exclusion formulée dans les directives « marchés publics » quant aux locations et acquisitions de biens immeubles ou de droits réels tout en confirmant sa jurisprudence quant à la qualification qu'il convient de donner à un contrat de vente ou de location d'un immeuble en état futur d'achèvement, à savoir celle de marché public de travaux si ce contrat a pour objet principal la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par un pouvoir adjudicateur (ajoutons qu'elle se prononce également sur la portée de la chose jugée par le juge national, lorsque celle-ci crée une situation incompatible avec le droit de l'Union, la chose jugée devant être exécutée - sauf lorsqu'est en cause la récupération d'une aide d'État incompatible - à moins que le juge national puisse régulièrement revenir sur sa décision). On rappellera donc la problématique de qualification des contrats en cause (1) avant d'examiner les solutions jurisprudentielles (2) et leur apport (3).

1. La problématique liée aux immeubles non encore construits

La directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, actuellement en vigueur, définit, en son article 1er § 2, les marchés publics de travaux comme « *des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur* » et les marchés de services comme « *des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures [...]* ». S'agissant de ces derniers, elle précise toutefois en son article 16 « *Exclusions spécifiques* », qu'elle ne s'applique pas aux marchés publics de services « *a) ayant pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens [...]* ».

Ces définitions sont reprises des directives n° 93/37/CEE du 14 juin 1993, pour les marchés publics de travaux, et n° 92/50/CEE du 18 juin 1992, pour ceux de services, cependant que l'exclusion précitée est reprise de l'article 1er-a de cette dernière.

Au regard des critères du marché public de travaux, tels qu'ils ont été précisés par - essentiellement - l'arrêt *Helmut Müller* susmentionné, on peut rappeler qu'il convient, pour identifier un marché public de travaux, de rechercher si, cumulativement : l'on est en présence d'un pouvoir adjudicateur ; les ouvrages réalisés ou à réaliser sont destinés à remplir une fonction économique ou technique ; le pouvoir adjudicateur a pris des mesures afin de définir leurs caractéristiques ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur leur conception ; ces ouvrages comportent pour lui un intérêt économique direct (soit qu'il en deviendra propriétaire, soit qu'il disposera d'un titre juridique lui en assurant la disponibilité en vue de leur affectation publique, soit qu'il pourra tirer de leur utilisation ou cession futures des avantages économiques, soit qu'il aura participé financièrement à leur réalisation, soit qu'il assumera des risques en cas d'échec économique des ouvrages) ; le cocontractant s'oblige à exécuter, ou à faire exécuter, les travaux et l'exécution de cette obligation peut être réclamée en justice ; et, enfin, le cocontractant va obtenir une contrepartie de la réalisation des ouvrages.

En outre, en cas de contrat portant à la fois sur des travaux et des services, il importe de tenir compte de son objet principal, ce que rappellent tant les textes (*PE et Cons. UE, dir. n° 2004/18, art. 1er-2-d. - V. aussi consid. 10*) que le juge (*CJCE, 19 avr. 1994, aff. 381/92, Gestion Hotelera Internacional. - CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-220/05, Jean Auroux e. a. c/ Cne Roanne, pts 37-38. - CJUE, 26 mai 2011, aff. C? 306/08, Comm. CE c/ Espagne, pts 89-91*).

Dans le cas d'un contrat portant sur la vente d'un immeuble en état futur d'achèvement (VEFA) ou d'un bail portant sur la location d'un tel immeuble (BEFA), l'immeuble devant être vendu ou loué n'existe par définition pas encore et la question de sa qualification a pu susciter le débat (*V. N. Symchowicz et P. Proot, Partenariats public-privé et montages contractuels complexes, 3e éd., Le Moniteur, coll. Essentiels experts, 2012, p. 545-549*). Se pose en effet la question de l'objet principal du contrat (la réalisation des travaux de construction ou les services de vente ou de location), la VEFA ayant pu être regardée comme un contrat mixte mêlant vente et contrat d'entreprise (*V. J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi et H. Lécuyer, Les principaux contrats spéciaux, 3e éd., LGDJ, 2012, p. 717, n° 11125*). Si l'on conclut que son objet principal réside dans les travaux, une qualification comme marché public de travaux n'est pas exclue si l'immeuble en état futur d'achèvement que le pouvoir adjudicateur entend acquérir ou louer est destiné à répondre à ses besoins et que ces derniers ont été précisés dans un programme à respecter par le constructeur.

Si l'on conclut en revanche que son objet principal réside dans des services, se pose alors la question du jeu de l'exclusion énoncée à l'article 16-a de la directive 2004/18, susceptible d'écarter toute mise en concurrence préalable. Certes, cette exclusion vise des terrains ou des bâtiments « *existants* », ce qui devrait conduire à l'écarter pour un immeuble non encore construit et inexistant ; mais elle vise également « *d'autres biens immeubles* », ce qui a pu conduire à se demander si ces derniers peuvent inclure les immeubles à réaliser. On pouvait légitimement en douter (car la directive n'aurait sinon pas précisé pour les bâtiments qu'ils devaient être existants et aurait simplement visé tous les bâtiments ou bien aurait précisé « *existants ou non* »). Surtout, la raison d'être ou la justification de cette exclusion tient à la localisation du bien immeuble en cause, le considérant n° 24 de la directive n° 2004/18 indiquant que : « *Dans le cadre des services, 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* » ; ce pour quoi il a été souligné que : « *Ces caractéristiques sont d'ordre géographique ; le besoin immobilier est, généralement, localisé, ce qui exclut l'organisation d'une concurrence véritable* » (*L. Richer, L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire, LGDJ, 2009, n° 404, p. 139*).

Néanmoins, certains auteurs n'ont pas écarté son application, au moins dans le cas des VEFA portant sur des immeubles à l'origine desquels ne se trouvent pas des pouvoirs adjudicateurs (V. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La VEFA, le droit communautaire et le logement social » : Contrats-Marchés publ. 2009, repère 11 : développant l'idée que « si un immeuble en l'état futur d'achèvement - surtout lorsque sa construction n'a pas encore débuté - ne constitue pas à strictement parler un immeuble existant, il devrait pouvoir sans difficulté y être assimilé dès lors que sa réalisation a été décidée avant que le pouvoir adjudicateur ne s'y intéresse et qu'elle doit se poursuivre quand bien même ce dernier ne s'en porterait pas acquéreur »).

2. Les solutions jurisprudentielles

On connaît déjà l'affaire dite des « halls de Cologne », où était en cause une situation dans laquelle une ville et une société d'investissement privée avaient conclu un contrat, formellement qualifié par les parties de « contrat de location », portant sur la location, par la première, de halls d'exposition à construire par la seconde conformément à des spécifications détaillées quant à la réalisation des ouvrages en question établies par la ville, ces halls devant ensuite être sous-loués par cette dernière à une société de droit privé dont l'objet était d'organiser des foires et des expositions. La Cour avait conclu à la qualification comme marché public de travaux du premier contrat, dès lors qu'il avait comme objectif primaire l'édification desdits halls et que ces derniers constituaient un « ouvrage » au sens de la directive, le critère essentiel étant à cet égard que cet ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, les moyens utilisés en vue de cette réalisation étant indifférents (CJCE, 29 oct. 2009, aff. C-536/07, Comm. CE c/ Allemagne, pts 53-63 : JurisData n° 2009-022790).

Elle avait ainsi relevé, au point 56 de son arrêt, que « la construction des ouvrages en question n'avait même pas été entamée », et dès lors considéré que, « Par conséquent, ce contrat ne pouvait pas avoir comme objectif immédiat la location d'immeubles dont la construction n'avait pas encore commencé. Ainsi, l'objectif prioritaire de ce contrat ne pouvait logiquement être que la construction desdits ouvrages, qui devraient par la suite être mis à la disposition de la ville de Cologne par le biais d'une relation contractuelle qualifiée de « contrat de location » ». Puis, une fois fait ce constat du caractère prédominant des travaux dans l'objet du contrat, elle avait vérifié que les critères du marché public de travaux étaient bien présents.

C'est à la fois cette démarche en deux étapes et cette solution que la Cour a réitérées dans son arrêt du 10 juillet 2014, dans lequel elle était interrogée, sur renvoi du Conseil d'État italien, à propos de la passation inachevée d'un contrat relatif à la création d'une nouvelle cité judiciaire. La commune de Bari avait publié le 14 août 2003 au JOUE un avis d'« étude de marché », aux fins de réalisation d'un nouveau siège pour l'accueil des juridictions locales, cet avis exigeant que les soumissionnaires s'engagent à commencer les travaux de construction de l'ouvrage projeté avant le 31 décembre 2003 et ce, conformément à un « cadre officiel et exhaustif des exigences structurelles, fonctionnelles et organisationnelles » du projet de cité. Le 18 décembre 2003, la commune avait retenu la proposition de la société Pizzarotti qui prévoyait qu'une partie de l'ouvrage construit lui serait vendue pour 43 millions d'euros et que la partie restante lui serait donnée en location pour un loyer annuel de 3 millions d'euros. À la suite de la réduction puis de la suppression du financement assuré par le ministère de la justice, la société Pizzarotti avait revu sa proposition à la baisse puis en avait formulé une seconde limitée à l'ouvrage destiné à la location. Elle avait ensuite engagé une action visant à contraindre la commune à achever la procédure et à conclure une convention aux fins de réalisation de la nouvelle cité judiciaire. Celle-ci a donné lieu à plusieurs arrêts du Conseil d'État, le premier imposant à la commune de « clore la procédure par une conclusion plausiblement appropriée, en vérifiant, dans le cadre des propositions reçues, la possibilité de réaliser l'ouvrage dans les limites du cadre économique modifié », et le dernier interrogeant finalement la CJUE sur le point de savoir si « le contrat de location en état futur d'achèvement devant être conclu, notamment sous la forme suggérée en dernier lieu d'acte d'engagement de donner en location, [équivalait] à un marché de travaux, même en présence de certains éléments caractéristiques du contrat de location, de sorte qu'il ne saurait relever des contrats exclus de l'application de la réglementation relative aux marchés publics en vertu de l'article 16 [de la directive 2004/18] ».

Eu égard à la date de lancement de la procédure d'attribution du contrat, c'était en réalité les directives 92/50 et 93/37 qui étaient applicables (CJCE, 5 oct. 2000, aff. C?337/98, Comm. CE c/ France, pts 36-37). La Cour accepte toutefois de reformuler la question et d'y répondre sur le fondement des précédents textes, les directives n° 93/37 et n° 2004/18 définissant le marché de travaux « dans des termes analogues » et les directives 92/50 et 2004/18 recourant à « des termes identiques » pour définir la portée de l'exclusion précitée (alors que dans le cadre d'une procédure en manquement, elle ne peut être aussi indulgente ; V. CJCE 11 juill. 2013, aff. C- 576/10, Comm. CE c/ Pays-Bas, pts 52-64. - CJUE 26 mai 2011, aff. C?306/08, Comm. CE c/ Espagne).

En l'espèce, la Cour rappelle, d'une part, que la qualification du contrat en droit interne est indifférente et, d'autre part, que « *lorsqu'un contrat comporte à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux et des éléments ayant trait à un autre type de marché, il convient de se référer à son objet principal pour déterminer sa qualification juridique et les règles de l'Union applicables* » (pt 41). Puis elle se contente de relever et de conclure avec la force de l'évidence que : « *au moment où [la commune de] Bari s'est vu proposer par Pizzarotti la conclusion du contrat en cause, la réalisation de l'ouvrage concerné par ce contrat n'avait pas encore été entamée. Dans ces circonstances, il convient de considérer que l'objet principal dudit contrat réside dans cette réalisation, que présuppose, en effet, nécessairement la mise en location ultérieure de cet ouvrage* » (pt 42). Et, pour toute autre justification, elle renvoie au point 56 de son arrêt du 29 octobre 2009.

Elle qualifie ensuite ce contrat de travaux de marché public de travaux, constatant notamment que le projet de contrat réservait à l'administration le droit de vérifier, avant la réception de l'ouvrage, la conformité de celui-ci au cadre d'exigences qui avait été porté à la connaissance des candidats et précisait les différentes caractéristiques techniques et technologiques de l'ouvrage projeté, la commune étant ainsi en position d'influer de manière déterminante sur la conception de l'ouvrage à construire, qui devait dès lors être regardé comme répondant à ses besoins. Elle conclut en conséquence « *qu'un contrat qui a pour objet principal la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur constitue un marché public de travaux et ne relève pas, dès lors, de l'exclusion visée à l'article 1er, sous a), iii), de la directive 92/50 [et donc de l'article 16-a de la directive 2004/18], alors même qu'il comporte un engagement de donner en location l'ouvrage concerné* » (pt 52).

3. Apports de l'arrêt du 10 juillet 2014

En apparence, la Cour n'interprète donc pas les dispositions afférentes à cette exclusion, puisque celle-ci porte sur une catégorie de marchés (les marchés publics de services) qui n'était pas ici en cause, ni ne semble innover par rapport à l'affaire *Commission c/ Allemagne*. En réalité, on peut tirer deux apports de son arrêt.

D'une part, s'agissant de l'adéquation de l'ouvrage aux besoins du pouvoir adjudicateur, la Cour en avait fait, dans l'arrêt du 29 octobre 2009, un élément venant conforter le fait que l'objet principal du contrat était la construction des halls de foire, relevant à son point 58 qu'il « *convient de constater en outre que les ouvrages concernés ont été réalisés conformément aux spécifications très détaillées explicitées par la ville de Cologne dans le contrat principal. Il ressort de ce contrat et de ses annexes que lesdites spécifications, qui se rapportent à un descriptif précis des bâtiments à construire, de leur qualité et de leurs équipements, vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble d'une certaine envergure* », pour conclure à son point 59 que « *Dès lors, force est de conclure que le contrat principal avait comme objectif primaire l'édification des halls d'exposition en question conformément aux besoins précisés par la ville de Cologne* ».

Ici, cet établissement de spécifications par le pouvoir adjudicateur et cette adéquation de l'ouvrage à celles-ci ne viennent plus asseoir la qualification de contrat de travaux (pts 41-42) mais celle, subséquente, de marché public de travaux (pts 43-51, même si la Cour revient sur cet objet principal aux points 48 à 50). Certes, entre-temps, l'arrêt *Helmut Müller* est venu rappeler que, « *pour qu'il puisse être admis qu'un pouvoir adjudicateur a précisé ses besoins au sens de [la définition du marché de travaux], il faut que ce dernier ait pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci* » (pt 67). Il n'en est pas moins notable (et à notre sens parfaitement logique) que, désormais, la seule inexistence de l'ouvrage à la date de conclusion du contrat de VEFA ou de BEFA suffise à faire des travaux préalables aux services l'objet principal du contrat et à emporter la qualification de contrat de travaux.

D'autre part, le simple fait que, dès lors que l'immeuble objet du contrat n'existe pas encore, on ne puisse pas être en présence d'un contrat de services (et donc d'un marché public de services) paraît condamner toute lecture de l'article 16-a de la directive n° 2004/18 selon laquelle les « *autres biens immeubles* » qu'il vise pourraient être des immeubles devant être réalisés par le cocontractant. Du reste, l'avocat général Nils Wahl a clairement pris position dans ses conclusions, relevant que la mise en concurrence, qui a « *peu de sens lorsqu'elle porte sur la location ou la vente d'un bien existant donné, qui, du fait de son unicité, ne se prête pas à une confrontation avec d'autres biens* », redevient parfaitement envisageable « *dès lors que les activités en cause comportent la réalisation future de biens immobiliers, et donc l'exécution de travaux* », pour conclure que la référence faite à « *d'autres biens immeubles* » doit « *être comprise comme visant des biens d'une nature autre que les terrains et bâtiments et non des biens non encore réalisés* » (pt 60).

Dès lors, un contrat de VEFA ou de BEFA à l'origine duquel ne se trouverait pas le pouvoir adjudicateur mais un opérateur économique réalisant une opération de travaux dont le pouvoir adjudicateur souhaiterait alors profiter peut-il encore être légalement conclu sans mise en concurrence ? Et donc est-il même simplement possible ? En effet, si une qualification de contrat de services est impossible du fait de l'inexistence de l'immeuble à la date de conclusion et si, de toute façon, l'exclusion de l'article 16-a n'est pas applicable à l'immeuble en état futur d'achèvement, l'obligation d'effectuer une mise en concurrence pourrait empêcher le pouvoir adjudicateur de saisir cette opportunité immobilière (relevons qu'au point 42, la Cour considère que c'est la ville qui s'est vu proposer le contrat par l'entreprise). En réalité, si le pouvoir adjudicateur n'est pas à l'origine de l'opération de travaux, et s'il prend naturellement le soin de ne pas influencer à cette occasion sur la conception de tout ou partie de l'ouvrage, ce contrat de travaux ne sera pas un marché public de travaux. Paradoxalement, dans une telle hypothèse, c'est donc sa qualification comme contrat de travaux qui l'exonèrera de la mise en concurrence qui aurait été requise s'il s'était agi d'un contrat (et donc d'un marché public) de services dès lors que l'exclusion de l'article 16-a ne vaut que pour les immeubles existants.

Contrats / Marchés publics. - Marché public de travaux
Contrats / Marchés publics. - Vente en l'état futur d'achèvement

