

ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

18 janvier 2007 \*

Dans l'affaire C-220/05,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le tribunal administratif de Lyon (France), par décision du 7 avril 2005, parvenue à la Cour le 19 mai 2005, dans la procédure

**Jean Auroux e.a.,**

contre

**Commune de Roanne,**

en présence de:

**Société d'équipement du département de la Loire (SEDL),**

\* Langue de procédure: le français.

LA COUR (première chambre),

composée de M. P. Jann, président de chambre, MM. K. Lenaerts, E. Juhász (rapporteur), J. N. Cunha Rodrigues et M. Ilešič, juges,

avocat général: M<sup>me</sup> J. Kokott,  
greffier: M<sup>me</sup> L. Hewlett, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 27 avril 2006,

considérant les observations présentées:

- pour M. Auroux e.a., par M<sup>e</sup> J. Antoine, avocat,
  
- pour la commune de Roanne, par M<sup>es</sup> P. Petit et C. Xavier, avocats,
  
- pour le gouvernement français, par MM. G. de Bergues et J.-C. Niollet, en qualité d'agents,
  
- pour le gouvernement lituanien, par M. D. Kriauciūnas, en qualité d'agent,

- pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,
  
- pour le gouvernement polonais, par M. T. Nowakowski, en qualité d'agent,
  
- pour la Commission des Communautés européennes, par M. X. Lewis, en qualité d'agent,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 15 juin 2006,

rend le présent

### **Arrêt**

- <sup>1</sup> La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation 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), telle que modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997 (JO L 328, p. 1, ci-après la «directive»).
  
- <sup>2</sup> Cette demande a été présentée dans le cadre d'un recours en annulation introduit par M. Auroux et huit autres requérants (ci-après les «requérants au principal») à l'encontre de la délibération du 28 octobre 2002 du conseil municipal de la commune de Roanne, autorisant son maire à signer avec la Société d'équipement du département de la Loire (ci-après la «SEDL») un marché visant la réalisation d'un pôle de loisirs à Roanne.

## **Le cadre juridique**

### *Le droit communautaire*

- 3 Aux termes du deuxième considérant de la directive, «la réalisation simultanée de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux, conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public, comporte, parallèlement à l'élimination des restrictions, une coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux».
- 4 Il résulte du sixième considérant de la directive que les marchés de travaux inférieurs à 5 millions d'euros peuvent être laissés en dehors de la concurrence telle qu'elle est organisée par la directive et que les mesures de coordination ne doivent pas leur être appliquées.
- 5 Selon le dixième considérant de la directive, «le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs des États membres». Ce même considérant ajoute que «les informations contenues dans ces avis doivent permettre aux entrepreneurs de la Communauté d'apprécier si les marchés proposés les intéressent».
- 6 L'article 1<sup>er</sup>, sous a) à d), de la directive prévoit:  
  
«Aux fins de la présente directive:  
  
a) Les 'marchés publics de travaux' sont 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;

- b) sont considérés comme 'pouvoirs adjudicateurs', l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

[...]

- c) on entend par 'ouvrage' le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique;
- d) la 'concession de travaux publics' est un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a), 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».

7 Les «activités visées à l'annexe II», mentionnées à l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive, sont les activités de bâtiment et de génie civil correspondant à la classe 50 de la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés européennes. Au nombre de ces activités figure expressément la catégorie relative à la construction d'immeubles.

8 L'article 6 de la directive dispose:

«1. La présente directive s'applique:

- a) aux marchés publics de travaux dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) égale ou dépasse l'équivalent en [euros] de 5 millions de droits de tirage spéciaux (DTS);
  
- b) aux marchés publics de travaux visés à l'article 2 paragraphe 1 lorsque la valeur estimée hors TVA égale ou dépasse 5 millions d'[euros].

[...]

3. Lorsqu'un ouvrage est réparti en plusieurs lots faisant chacun l'objet d'un marché, la valeur de chaque lot doit être prise en compte pour l'évaluation du montant indiqué au paragraphe 1. Lorsque la valeur cumulée des lots égale ou dépasse le montant indiqué au paragraphe 1, les dispositions de ce paragraphe s'appliquent à tous les lots. Toutefois, les pouvoirs adjudicateurs peuvent déroger à l'application du paragraphe 1 pour des lots dont la valeur estimée hors TVA est inférieure à 1 000 000 d'[euros], pour autant que le montant cumulé de ces lots n'excède pas 20 % de la valeur cumulée des lots.

4. Aucun ouvrage ni aucun marché ne peut être scindé en vue d'être soustrait à l'application de la présente directive.

5. Pour le calcul du montant visé au paragraphe 1 ainsi qu'à l'article 7, est prise en considération, outre celle des montants des marchés publics de travaux, la valeur estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs.

6. Les pouvoirs adjudicateurs veillent à ce qu'il n'y ait pas discrimination entre les différents entrepreneurs.»

### *Le droit national*

- 9 À l'époque des faits, l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction issue de l'article 8 de la loi n° 2000-1208, du 13 décembre 2000 (JORF du 14 décembre 2000, p. 19777), disposait:

«L'État, les collectivités locales ou leurs établissements publics peuvent confier l'étude et la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent livre à toute personne publique ou privée y ayant vocation.

Lorsque la convention est passée avec un établissement public, une société d'économie mixte locale définie par la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, ou une société d'économie mixte dont plus de la moitié du capital est détenue par une ou plusieurs des personnes publiques suivantes: État, régions, départements, communes ou leurs groupements, elle peut prendre la forme d'une convention publique d'aménagement. Dans ce cas, l'organisme cocontractant peut se voir confier les acquisitions par voie d'expropriation ou de préemption, la réalisation de toute opération et action d'aménagement et équipement concourant à l'opération globale faisant l'objet de la convention publique d'aménagement.

Les organismes mentionnés à l'alinéa précédent peuvent se voir confier le suivi d'études préalables nécessaires à la définition des caractéristiques de l'opération dans le cadre d'un contrat de mandat les chargeant de passer des contrats d'études au nom et pour le compte de la collectivité ou du groupement de collectivités.

Les dispositions du chapitre IV du titre II de la 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 ne sont pas applicables aux conventions publiques d'aménagement établies en application du présent article.

La convention publique d'aménagement peut prévoir les conditions dans lesquelles l'organisme cocontractant est associé aux études concernant l'opération et notamment à la révision ou à la modification du plan local d'urbanisme.»

<sup>10</sup> À la suite de l'ouverture par la Commission des Communautés européennes d'une procédure en manquement à l'encontre de la République française, l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme a été modifié par la loi n° 2005-809, du 20 juillet 2005, relative aux concessions d'aménagement (JORF du 21 juillet 2005, p. 11833), comme suit:

«L'État et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent livre à toute personne y ayant vocation.

L'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État.

Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption. Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession.»

11 L'article 11 de ladite loi n° 2005-809 dispose:

«Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, sont validé[s], en tant que leur légalité serait contestée au motif que la désignation de l'aménageur n'a pas été précédée d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes:

1° Les concessions d'aménagement, les conventions publiques d'aménagement et les conventions d'aménagement signées avant la publication de la présente loi».

### **Le litige au principal et les questions préjudicielles**

12 Par délibération du 28 octobre 2002, le conseil municipal de la commune de Roanne a autorisé son maire à signer avec la SEDL une convention pour la réalisation d'un pôle de loisirs (ci-après la «convention»).

- 13 La convention, conclue le 25 novembre 2002, prévoit la réalisation du pôle de loisirs par tranches successives. La première tranche comporte la construction d'un multiplexe cinématographique et de locaux commerciaux ayant vocation à être cédés à des tiers, ainsi que des ouvrages destinés à être remis au pouvoir adjudicateur, à savoir un parc de stationnement ainsi que des voies d'accès et des espaces publics. Les tranches ultérieures, lesquelles impliquent la signature d'un avenant à la convention, portent essentiellement sur la construction d'autres locaux commerciaux ou de services et d'un hôtel.
- 14 Selon le préambule de la convention, par le biais de cette opération, la commune de Roanne vise à requalifier un secteur urbain peu valorisant et à favoriser le développement des loisirs et du tourisme.
- 15 En vertu de l'article 2 de la convention, la SEDL se voit confier la mission, notamment, de procéder à des acquisitions foncières, d'organiser un concours d'architecture et/ou d'ingénierie, de faire procéder à des études, de réaliser les travaux de construction, d'établir et de tenir à jour certains documents comptables et de gestion, de rechercher des fonds, de mettre en place des moyens efficaces pour assurer la commercialisation des ouvrages, ainsi que d'assurer de manière générale la gestion et la coordination de l'opération et l'information de la commune.
- 16 Il résulte de l'article 10, deuxième alinéa, de la convention que toute attribution des travaux par la SEDL à des tiers est soumise aux principes de publicité et de mise en concurrence prévus par le code des marchés publics en vertu de l'article 48.1 de la loi n° 93-122, du 29 janvier 1993 (JORF du 30 janvier 1993).
- 17 Selon le bilan prévisionnel annexé à la convention, il est anticipé que le montant total des recettes s'élève à 10 227 103 euros pour la réalisation de la première tranche de l'opération, et à 14 268 341 euros pour la réalisation globale de l'opération. De ce dernier total, un montant de 2 925 000 euros proviendra de la ville

en contrepartie de la cession du parc de stationnement. Il est estimé, en outre, que la SEDL obtiendra 8 099 000 euros en contrepartie de la cession d'ouvrages destinés à des tiers. Enfin, il est stipulé que la commune de Roanne contribuera au financement de l'ensemble des ouvrages à réaliser pour un montant s'élevant à 2 443 103 euros au titre de la première tranche et à 3 034 341 euros pour l'ensemble des travaux.

18 Il résulte des articles 22 à 25 de la convention que, à l'expiration de celle-ci, la SEDL arrête un bilan de clôture lequel doit être approuvé par la commune de Roanne. Tout excédant figurant sur ce bilan est à verser à la commune. En outre, cette dernière devient automatiquement propriétaire de l'ensemble des terrains et des ouvrages destinés à être cédés aux tiers et non encore revendus. La commune de Roanne assurera également l'exécution des contrats en cours, à l'exclusion des contrats de travail, et reprendra les dettes contractées par la SEDL.

19 Par requête déposée devant le tribunal administratif de Lyon le 11 décembre 2002, les requérants au principal ont introduit un recours en annulation contre la délibération du conseil municipal du 28 octobre 2002. Dans ce recours, ils contestent la validité de ladite délibération tant au regard du droit national qu'au regard du droit communautaire. En ce qui concerne ce dernier, ils ont fait valoir que la conclusion de la convention aurait dû être précédée d'une mesure de publicité et d'une mise en concurrence conformément aux obligations découlant de la directive.

20 C'est dans ces conditions que le tribunal administratif de Lyon a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Une convention par laquelle un premier pouvoir adjudicateur confie à un second pouvoir adjudicateur la réalisation, dans un but d'intérêt général, d'une

opération d'aménagement, dans le cadre de laquelle ce second pouvoir adjudicateur remet au premier des ouvrages destinés à servir à ses besoins, et à l'expiration de laquelle le premier pouvoir adjudicateur devient automatiquement propriétaire de ceux des autres terrains et ouvrages qui n'ont pas été cédés à des tiers, constitue-t-elle un marché public de travaux au sens des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la directive [...]?

- 2) En cas de réponse positive à la première question, pour l'appréciation du seuil susvisé de 5 000 000 [DTS] fixé par l'article 6 de cette même directive, convient-il de prendre en compte le seul prix versé en contrepartie de la cession des ouvrages remis au pouvoir adjudicateur, ou la somme de ce prix et des participations versées, même si celles-ci ne sont qu'en partie affectées à la réalisation de ces ouvrages, ou enfin la totalité du montant des travaux, les biens non cédés à l'expiration du contrat devenant automatiquement la propriété du premier pouvoir adjudicateur et celui-ci poursuivant alors l'exécution des contrats en cours et reprenant les dettes contractées par le second pouvoir adjudicateur?
  
- 3) En cas de réponse positive aux deux premières questions, le premier pouvoir adjudicateur est-il dispensé, pour conclure une telle convention, de recourir aux procédures de passation des marchés prévues par la même directive, aux motifs que cette convention ne peut être passée qu'avec certaines personnes morales et que ces mêmes procédures seront appliquées par le second pouvoir adjudicateur pour la passation de ses marchés de travaux?»

## Sur la recevabilité des questions

- 21 La commune de Roanne ainsi que le gouvernement français font valoir, à titre liminaire, que la demande préjudicielle est irrecevable.
- 22 La commune de Roanne soutient que, en édictant la loi n° 2005-809, le législateur français a validé rétroactivement les conventions d'aménagement public qui ont été conclues sans avoir été précédées d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. Étant donné que la juridiction de renvoi serait tenue d'appliquer la loi française et de considérer que la convention a été validée par ladite loi, l'interprétation du droit communautaire sollicité ne serait plus nécessaire pour résoudre le litige au principal.
- 23 Le gouvernement français fait valoir que la demande préjudicielle qualifie à tort la convention en cause de convention d'aménagement au sens de l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits. Selon lui, il s'agit en réalité d'une simple construction d'ouvrages. Il en résulterait que la question de savoir si une convention portant sur la réalisation d'une opération d'aménagement constitue un marché public de travaux au sens de la directive est irrecevable, car elle est sans rapport avec l'objet et la réalité du litige.
- 24 Il est constant que tant la commune de Roanne que le gouvernement français concluent à l'irrecevabilité de la demande préjudicielle en se fondant sur des considérations ayant trait à l'interprétation du droit français et à la qualification des faits à l'origine du litige au principal au regard dudit droit.

- 25 Or, ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, la procédure établie à l'article 234 CE se base sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, cette dernière étant uniquement habilitée à se prononcer sur l'interprétation ou la validité des actes communautaires visés audit article. Dans ce cadre, il n'appartient pas à la Cour d'apprécier l'interprétation des dispositions du droit national ou de juger si l'interprétation que la juridiction nationale en donne est correcte (voir, en ce sens, arrêts du 22 octobre 1974, Demag, 27/74, Rec. p. 1037, point 8; du 16 avril 1991, Eurim-Pharm, C-347/89, Rec. p. I-1747, point 16, et du 12 janvier 2006, Turn-und Sportunion Waldburg, C-246/04, Rec. p. I-589, point 20).
- 26 De même, il appartient au seul juge national, qui est saisi du litige et qui doit assumer la responsabilité de la décision juridictionnelle à intervenir, d'apprécier, au regard des particularités de l'affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre son jugement que la pertinence des questions qu'il pose à la Cour (voir, arrêts du 4 décembre 2003, EVN et Wienstrom, C-448/01, Rec. p. I-14527, point 74, et du 12 avril 2005, Keller, C-145/03, Rec. p. I-2529, point 33). En conséquence, dès lors que les questions posées portent sur l'interprétation du droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer.
- 27 Il en résulte que les arguments d'irrecevabilité soulevés par la commune de Roanne et par le gouvernement français doivent être rejetés et la demande de décision préjudicielle déclarée recevable.

### **Sur la première question**

- 28 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la convention constitue un marché public de travaux au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive.

- 29 Conformément à la définition figurant à cette disposition, les marchés publics de travaux sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit, entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous b), de la directive et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux ou d'un ouvrage tel que défini par la directive, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.
- 30 Dans leurs observations écrites, la commune de Roanne ainsi que les gouvernements français et polonais font valoir que la convention ne répond pas à cette définition et ne constitue donc pas un marché public de travaux au sens de la directive.
- 31 Selon la commune de Roanne, la convention ne constitue pas, au regard de son objet, un marché public de travaux, car, en tant que convention publique d'aménagement, son objet dépasserait celui de la réalisation de travaux. En effet, conformément au droit français, de telles conventions porteraient sur la réalisation globale d'un projet urbain ou de certaines politiques urbaines dans tous leurs éléments, notamment, le montage du projet, la gestion administrative et juridique, l'acquisition des terrains par voie d'expropriation et la mise en place des procédures de passation des contrats.
- 32 Dans le même ordre d'idées, le gouvernement polonais relève que, conformément à la convention, la SEDL s'engage à réaliser un projet d'investissement qui comporte diverses missions. Ce gouvernement souligne, à cet égard, que la SEDL ne serait pas l'entrepreneur qui réalisera les travaux prévus par le contrat mais s'engage uniquement à préparer et à conduire un marché public de travaux. Estimant que l'élément du contrat le plus important consiste à passer commande des ouvrages et à surveiller leur réalisation, le gouvernement polonais fait valoir que la convention est à qualifier de «marché public de services» au sens de l'article 1<sup>er</sup> 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).

- 33 Le gouvernement français fait valoir que la partie du pôle de loisirs qui porte sur la réalisation des travaux dont il est envisagé qu'ils seront vendus à des tiers ne constitue pas un marché public de travaux au sens de la directive. En effet, ce gouvernement estime que, précisément en raison du fait que cette partie est destinée à des tiers, elle ne peut être considérée comme répondant aux besoins de la commune. Il ajoute que seule la construction du parc de stationnement pour le compte de la commune de Roanne pourrait, en principe, constituer un marché public de travaux. Or, ladite construction ne tomberait pas davantage dans le champ d'application de la directive, car le parc de stationnement ne sera cédé à la commune qu'après avoir été construit, selon une procédure particulière prévue par le droit français dite de «vente en l'état futur d'achèvement», de sorte qu'il s'agirait, au fond, d'une simple acquisition immobilière dont l'objet ne serait pas tant les travaux, mais la vente d'ouvrages à construire.
- 34 Les gouvernements lituanien et autrichien, ainsi que la Commission estiment que la convention constitue un marché public de travaux au sens de l'article 1<sup>er</sup> de la directive. En particulier, la Commission fait valoir que, même si la convention comprend certaines missions qui sont des prestations de services, l'objet principal de celle-ci est la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous a) et c), de la directive.
- 35 Les arguments soulevés par la commune de Roanne ainsi que par les gouvernements français et polonais ne sauraient être retenus.
- 36 Certes, il est vrai que, au-delà de l'exécution des travaux, la convention confie à la SEDL des tâches supplémentaires ayant, comme plusieurs intervenants l'ont fait

observer, le caractère d'une prestation de services. Toutefois, contrairement à ce que soutient la commune de Roanne, il ne résulte pas du seul fait que la convention comporte des éléments allant au-delà de l'exécution des travaux que celle-ci échappe au champ d'application de la directive.

- 37 En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché public, c'est l'objet principal du contrat qui détermine quelle directive communautaire de marchés publics trouve en principe à s'appliquer (voir arrêt du 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, Rec. p. I-1329, point 29).
- 38 S'agissant de l'application de cette jurisprudence à l'espèce, il convient de souligner que, contrairement à ce que fait valoir le gouvernement polonais dans ses observations, aux termes de la convention, l'engagement de la SEDL ne se limite pas à l'administration et à l'organisation des travaux mais s'étend également à la réalisation des travaux y prévus. En outre, selon une jurisprudence bien établie, pour pouvoir être qualifié d'entrepreneur chargé d'un marché public de travaux, au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive, il n'est pas exigé que la personne qui conclut le contrat avec un pouvoir adjudicateur soit elle-même en mesure de réaliser directement la prestation convenue avec ses propres ressources (voir, en ce sens, arrêts du 14 avril 1994, *Ballast Nedam Groep*, C-389/92, Rec. p. I-1289, point 13, et du 2 décembre 1999, *Holst Italia*, C-176/98, Rec. p. I-8607, point 26). Il en découle que, aux fins d'apprécier si l'objet principal de la convention est l'exécution d'un ouvrage, il est indifférent que la SEDL n'exécute pas elle-même les travaux et les fasse exécuter par des sous-traitants.
- 39 Il convient de rejeter l'argument du gouvernement français selon lequel, en raison des considérations exposées au point 33, l'objet de la convention ne peut être considéré comme la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive.

- 40 S'agissant de la qualification juridique par le gouvernement français du parc de stationnement, il y a lieu de constater que la définition d'un marché public de travaux relève du domaine du droit communautaire. Étant donné que l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée, la qualification juridique du contrat en droit français n'est pas pertinente aux fins de juger si la convention relève du champ d'application de la directive (voir, par analogie, arrêt du 20 octobre 2005, Commission/France, C-264/03, Rec. p. I-8831, point 36).
- 41 Il résulte de l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive que l'existence d'un ouvrage doit être appréciée par rapport à la fonction économique ou technique du résultat des travaux effectués (voir arrêt du 27 octobre 2005, Commission/Italie, C-187/04 et C-188/04, non publié au Recueil, point 26). Ainsi qu'il ressort clairement de plusieurs dispositions de la convention, la réalisation du pôle de loisirs est destinée à l'accueil d'activités commerciales et de services, de sorte que la convention doit être considérée comme remplissant une fonction économique.
- 42 En outre, la réalisation du pôle de loisirs doit être considérée comme répondant aux besoins précisés par la commune de Roanne dans la convention. Il convient de souligner que, à cet égard, l'ouvrage visé par la convention est le pôle de loisirs dans tous ses éléments, comprenant la construction d'un cinéma multiplexe, de locaux de services connexes aux loisirs, d'un parc de stationnement et, éventuellement, d'un hôtel. Il ressort 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.
- 43 En ce qui concerne les autres éléments relevant de la définition de «marchés publics de travaux» telle que prévue à l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive, il convient de relever, en premier lieu, qu'il n'est pas contesté que la commune de Roanne, étant une collectivité territoriale, a la qualité de «pouvoir adjudicateur» au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous b), de la directive et qu'il existe un contrat par écrit.

- 44 En deuxième lieu, il est constant que la SEDL, en tant qu'opérateur économique actif sur le marché qui s'engage à réaliser les travaux prévus par la convention, est à qualifier d'entrepreneur au sens de la directive. Ainsi qu'il a été rappelé au point 38 du présent arrêt, il est indifférent à cet égard que la SEDL ait recours à des sous-traitants pour assurer la conception et l'exécution des travaux (voir, en ce sens, arrêt du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, Rec. p. I-5409, point 90).
- 45 Enfin, il est manifeste que la convention a été conclue à titre onéreux. Le caractère onéreux d'un contrat se réfère à la contre-prestation offerte à l'entrepreneur en raison de la réalisation des travaux visés par le pouvoir adjudicateur (voir, en ce sens, arrêt *Ordine degli Architetti e.a.*, précité, point 77). Selon les dispositions de la convention, la SEDL reçoit un montant de la part de la commune de Roanne en contrepartie de la cession du parc de stationnement. La commune s'engage également à participer aux dépenses de tous les ouvrages à réaliser. Enfin, en vertu de la convention, la SEDL est en droit de tirer des recettes de tiers en contrepartie de la cession des ouvrages réalisés.
- 46 Il ressort de l'analyse de la convention que l'objet principal de celle-ci, ainsi que la Commission l'a soutenu, est l'exécution d'un ensemble de travaux aboutissant à la réalisation d'un ouvrage au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous c), de la directive, à savoir un pôle de loisirs. Les éléments de services prévus par la convention, tels que l'acquisition foncière, la recherche de fonds, l'organisation d'un concours d'architecture et/ou d'ingénierie ainsi que la commercialisation des bâtiments font partie de l'achèvement de cet ouvrage.
- 47 Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la première question qu'une convention par laquelle un premier pouvoir adjudicateur confie à un second pouvoir adjudicateur la réalisation d'un ouvrage constitue un marché public de travaux au

sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive, indépendamment du fait qu'il est prévu ou non que le premier pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de cet ouvrage.

## **Sur la deuxième question**

- 48 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur les modalités pour déterminer la valeur du marché en question, aux fins de juger si le seuil prévu à l'article 6 de la directive est atteint.
- 49 La juridiction de renvoi propose trois bases possibles de calcul de ce seuil. Premièrement, la valeur du marché serait à déterminer uniquement sur le fondement des montants versés par le pouvoir adjudicateur en contrepartie des ouvrages qui lui seront remis. Deuxièmement, la valeur du marché serait constituée par la totalité des montants versés par le pouvoir adjudicateur, à savoir la contrepartie des ouvrages qui lui seront remis ainsi que la participation financière versée pour l'ensemble des ouvrages à réaliser. Troisièmement, la détermination de la valeur du marché devrait prendre en compte la valeur totale des travaux, ce qui comprend les montants versés par le pouvoir adjudicateur ainsi que ceux reçus de tiers en contrepartie des ouvrages réalisés à leur compte.
- 50 Il convient de relever, tout d'abord, que, selon le libellé de l'article 6 de la directive, les dispositions de celle-ci s'appliquent aux marchés publics de travaux dont la valeur atteint le seuil prévu par ledit article. Celui-ci n'établit aucune règle qui limiterait les montants qui sont à prendre en compte pour la détermination de la valeur d'un marché à ceux provenant du pouvoir adjudicateur.

- 51 En outre, déduire une telle règle dudit article 6 irait à l'encontre de l'esprit et de la finalité de la directive.
- 52 Ainsi qu'il résulte de ses deuxième et dixième considérants, la directive vise à éliminer les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services en matière de marchés publics de travaux, en vue d'ouvrir ces marchés à une concurrence effective (arrêt *Ordine degli Architetti e.a.*, précité, point 52). Le dixième considérant précise que le développement de cette concurrence nécessite une publicité communautaire des avis des marchés contenant suffisamment d'informations pour permettre aux entrepreneurs de la Communauté européenne d'apprécier si les marchés proposés les intéressent. À cet égard, le seuil prévu à l'article 6 de la directive sert à assurer que les marchés publics ayant une valeur suffisamment élevée pour justifier une participation intracommunautaire soient communiqués aux soumissionnaires potentiels.
- 53 Étant donné que l'objectif des procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la directive est précisément de garantir à des soumissionnaires potentiels établis dans la Communauté européenne l'accès aux marchés publics qui les intéressent, il s'ensuit que c'est à partir de leur point de vue qu'il y a lieu de calculer si la valeur d'un marché atteint le seuil fixé à l'article 6 de la directive.
- 54 Il est manifeste, à cet égard, que, si la valeur d'un marché est constituée de recettes provenant à la fois du pouvoir adjudicateur et de tiers, l'intérêt d'un soumissionnaire potentiel dans un tel marché s'attache à la valeur globale de celui-ci.

- 55 À l'inverse, la thèse selon laquelle seuls les montants versés par le pouvoir adjudicateur devraient être pris en compte dans le calcul de la valeur d'un marché au sens de l'article 6 de la directive porterait atteinte à la finalité de celle-ci. Il en résulterait que le pouvoir adjudicateur serait en mesure d'attribuer un marché qui aurait une valeur globale dépassant le seuil fixé audit article 6 et qui pourrait intéresser d'autres entrepreneurs actifs sur le marché, sans appliquer les procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la directive.
- 56 Enfin, il convient de rappeler que, en vertu de l'article 3 de la directive, les concessions de travaux publics sont soumises aux règles de publicité prévues par la directive dans le cas où le seuil visé à ladite disposition est atteint. Étant donné qu'une caractéristique essentielle de ces concessions est que la contrepartie des travaux provienne en tout ou en partie de tiers, il irait à l'encontre de l'objectif et du système qui sous-tendent la directive que, dans le cadre des marchés publics de travaux, les montants provenant de tiers soient exclus du calcul de la valeur du marché aux fins de l'article 6 de la directive.
- 57 Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la deuxième question que, pour déterminer la valeur d'un marché aux fins de l'article 6 de la directive, il convient de prendre en compte la valeur totale du marché de travaux du point de vue d'un soumissionnaire potentiel, ce qui comprend non seulement l'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer, mais aussi toutes les recettes qui proviendront de tiers.

### **Sur la troisième question**

- 58 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance, si, pour conclure une convention telle que celle au principal, un pouvoir adjudicateur est dispensé de recourir aux procédures de passation de marchés publics de travaux

prévues par la directive au motif que, conformément au droit national, cette convention ne peut être conclue qu'avec certaines personnes morales, qui ont elles-mêmes la qualité de pouvoir adjudicateur et qui seront tenues, à leur tour, d'appliquer lesdites procédures pour passer d'éventuels marchés subséquents.

59 Il convient de relever, à titre liminaire, que les seules exceptions permises à l'application de la directive sont celles qui y sont expressément mentionnées (voir, par analogie, arrêts du 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec. p. I-8121, point 43, et du 11 mai 2006, *Carbotermo et Consorzio Alisei*, C-340/04, Rec. p. I-4137, point 45).

60 Or, la directive ne contient pas de disposition comparable à celle de l'article 6 de la directive 92/50, qui exclut de son champ d'application des marchés publics attribués, dans certaines conditions, à des pouvoirs adjudicateurs (voir, par analogie, arrêts précités, *Teckal*, point 44, ainsi que *Carbotermo et Consorzio Alisei*, point 46).

61 Il convient de relever que l'article 11 de la directive 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 (JO L 134, p. 114), prévoit une exception en ce qui concerne les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent notamment des travaux en recourant à une centrale d'achat, telle que définie à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 10, de cette même directive. Toutefois, cette disposition n'est pas applicable *ratione temporis* aux faits au principal.

- 62 Il s'ensuit qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas dispensé de recourir aux procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la directive au motif qu'il envisage de conclure le marché en question avec un second pouvoir adjudicateur (voir, par analogie, arrêts Teckal, précité, point 51; du 7 décembre 2000, ARGE, C-94/99, Rec. p. I-11037, point 40, et du 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, point 47). Cette constatation n'affecte pas, par ailleurs, l'obligation de ce dernier pouvoir adjudicateur d'appliquer à son tour les procédures d'appel d'offres prévues par la directive (voir, par analogie, arrêt Teckal, précité, point 45).
- 63 Il est vrai que, conformément à la jurisprudence de la Cour, l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire pour des marchés conclus entre une collectivité territoriale et une personne juridiquement distincte d'elle dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent (voir arrêts Teckal, précité, point 50, et du 13 janvier 2005, Commission/Espagne, C-84/03, Rec. p. I-139, points 38 et 39).
- 64 Or, le fait que la SEDL est une société d'économie mixte au capital de laquelle participent des fonds privés exclut que la commune de Roanne puisse être considérée comme exerçant sur elle un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. En effet, la Cour a jugé que tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente de ceux poursuivis par une autorité publique (voir arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité, points 49 et 50). Le raisonnement retenu par la Cour dans l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité, au regard des marchés publics de services s'applique également au regard des marchés publics de travaux.

- 65 Il ressort des observations de la commune de Roanne ainsi que de celles des gouvernements français et polonais que, selon eux, l'effet utile de la directive serait toutefois préservé dans des cas, comme en l'espèce, où un second pouvoir adjudicateur est tenu de recourir aux procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la directive pour tout marché subséquent. Aux fins d'assurer une concurrence effective, il serait indifférent qu'une telle procédure soit organisée par un premier pouvoir adjudicateur ou par un second.
- 66 Il convient de rappeler, tout d'abord, que la directive ne contient pas de dispositions permettant d'écarter son application en cas de marché public de travaux passé entre deux pouvoirs adjudicateurs, même à supposer que le second pouvoir adjudicateur se voie obligé de sous-traiter la valeur totale du marché à des entrepreneurs successifs et, à cet effet, de recourir aux procédures de passation de marchés publics prévues par la directive.
- 67 En outre, dans le cas d'espèce, il n'est pas prévu par la convention que la SEDL soit tenue de sous-traiter la totalité du marché initial à des entrepreneurs successifs. Par ailleurs, ainsi que M<sup>me</sup> l'avocat général l'a observé, à juste titre, au point 72 de ses conclusions, lorsqu'un second pouvoir adjudicateur a recours à des sous-traitants, l'objet de tout marché successif risque fréquemment de ne représenter qu'une partie du marché global. Il peut en résulter que la valeur de marchés subséquents passés par un second pouvoir adjudicateur soit inférieure à celle figurant à l'article 6, paragraphe 1, sous a), de la directive. Ainsi, par la mise en place d'une série de marchés successifs, l'application de la directive pourrait être contournée.
- 68 Eu égard à ce qui précède, il convient de répondre à la troisième question qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas dispensé de recourir aux procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la directive au motif que, conformément au droit national, cette convention ne peut être conclue qu'avec certaines personnes morales, qui ont elles-mêmes la qualité de pouvoir adjudicateur et qui seront tenues, à leur tour, d'appliquer lesdites procédures pour passer d'éventuels marchés subséquents.

## Sur les dépens

- <sup>69</sup> La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) dit pour droit:

- 1) **Une convention par laquelle un premier pouvoir adjudicateur confie à un second pouvoir adjudicateur la réalisation d'un ouvrage constitue un marché public de travaux au sens de l'article 1<sup>er</sup>, 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, telle que modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, indépendamment du fait qu'il est prévu ou non que le premier pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de cet ouvrage.**
  
- 2) **Pour déterminer la valeur d'un marché aux fins de l'article 6 de la directive 93/37, telle que modifiée par la directive 97/52, il convient de prendre en compte la valeur totale du marché de travaux du point de vue d'un soumissionnaire potentiel, ce qui comprend non seulement l'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer, mais aussi toutes les recettes qui proviendront de tiers.**

- 3) **Un pouvoir adjudicateur n'est pas dispensé de recourir aux procédures de passation de marchés publics de travaux prévues par la directive 93/37, telle que modifiée par la directive 97/52, au motif que, conformément au droit national, cette convention ne peut être conclue qu'avec certaines personnes morales, qui ont elles-mêmes la qualité de pouvoir adjudicateur et qui seront tenues, à leur tour, d'appliquer lesdites procédures pour passer d'éventuels marchés subséquents.**

Signatures