

**Fiche n° 1**  
**TYPOLOGIE DES CONTRATS : LE MARCHE PUBLIC**

**RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS**

- Référence 1 :** CE, avis, 22 janvier 2019 relatif aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine, n° 396221 ;
- Référence 2 :** CE, avis 2 juillet 2019 sur les contrats de marketing du COJO, n° 397961 ;
- Référence 3 :** Conclusions de l'avocat général sur CJUE 22 avril 2021, Commission européenne c/ République d'Autriche, aff. C-537/19 ;
- Référence 4 :** CJUE, 22 avril 2021, Commission européenne c/ République d'Autriche, aff. C-537/19 ;
- Référence 5 :** CE 24 mai 2017, 7ème et 2ème ch. réunies, Société Régale des îles, n° 407213 ;

**DÉCISIONS DU CORPUS**

- CC, Décision n°2002-460 DC du 22 août 2002 LOPSI et n°2002-461 du 29 août 2002, LOJ ;
- CC, 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit
- CC, 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat
- CE, Intérieur, Avis, 14 octobre 1980 ;
- CE, 6 mai 1985, Association Eurolat et Crédit Foncier de France ;
- CE Ass., Avis, 30 mars 1989 ;
- CE, 25 février 1994, SA Sofap-Marignan Immobilier ;
- CE, 8 février 1999, Préfet de Bouches-Du-Rhône c/ Commune de la Ciotat ;
- CE, 21 juin 2000, SARL Chez Joseph ;
- CE, 29 octobre 2004, Sœur ;
- CE, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence ;

**EXERCICES SUGGÉRÉS :**

**Épreuve théorique :** dissertation

- *Subvention et marché public*

**Épreuve pratique :** Commentaire

- CE 24 mai 2017, 7ème et 2ème ch. réunies, Société Régale des îles, n° 407213

**Référence 1 : CE, avis, 22 janvier 2019 relatif aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine, n° 396221**

Le Conseil d'État a été saisi le 16 janvier 2019 par le Gouvernement d'une demande d'avis relative aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine. Ce projet a été lancé sous la forme d'un concours urbain par la Ville de Paris dans le cadre d'un appel à projets international dénommé « Reinventing Cities ».

Cet appel à projets est régi par deux documents : un règlement de la phase d'expression d'intérêt, commun à tous les projets, et un document par site intitulé « Site Specific Requirements » (SSR) qui constitue le cahier des charges par lequel chaque ville précise les réglementations et les procédures applicables à son projet de réaménagement. En outre, la Ville de Paris envisage la conclusion d'un protocole de partenariat reprenant l'essentiel des développements issus de ces deux documents qui fixerait plus précisément les conditions d'un partenariat impliquant la ville, l'Etat, Port autonome de Paris (PAP) et Voies navigables de France (VNF) dont les dépendances domaniales sont, à divers titres, concernées par les projets de passerelles.

Selon le schéma envisagé par la Ville de Paris, chaque propriétaire (ou gestionnaire du domaine public) devrait délivrer in fine au lauréat retenu un titre d'occupation du domaine public constitutif de droits réels conformément à la législation domaniale qui lui est applicable. Le Gouvernement a identifié, à l'issue de la phase d'expression des intérêts qui se clôturait le 31 mai 2018, trois séries de difficultés juridiques relatives aux conditions de faisabilité des projets immobiliers envisagés par la Ville de Paris dans le cadre de cet appel à projets, pour lesquelles il sollicite l'avis du Conseil d'État :

1° a) Compte tenu du degré de définition de ses besoins propres par la Ville de Paris qui pourrait être déterminé au vu des diverses exigences de la collectivité telles qu'elles résultent du contexte et des documents de l'appel à projets « passerelles sur la Seine », la conclusion de titres d'occupation du domaine public dans un tel cadre est-elle exposée à un risque de requalification en contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ?

b) En cas de réponse affirmative, cette situation devrait-elle conduire à un abandon pur et simple de la procédure par la Ville de Paris et selon quelles modalités ou bien pourrait-elle être poursuivie de manière régulière si les personnes publiques concernées consentaient au profit de la Ville de Paris à un transfert de gestion de leur domaine public ou à une superposition d'affectations au sens des articles L. 2123-3 ou L. 2123-7 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) ?

2° a) Les dispositions du 1° ou, le cas échéant, du 2° de l'article L. 2122-1-2 du CG3P, qui permettent de ne pas organiser de procédure de sélection préalable à la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public sont-elles applicables en l'espèce ?

b) En cas d'application de l'article L. 2122-1-1 du même code, la circonstance que les titres d'occupation du domaine public seraient délivrés respectivement par l'Etat, PAP ou VNF, à l'issue d'une procédure au cours de laquelle les premières mesures de publicité et de sélection préalable ont été organisées par une autre autorité (en l'espèce la Ville de Paris), contrevient-elle aux dispositions du premier alinéa de cet article, qui impliquent que

l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester ? Si tel est le cas, cette irrégularité est-elle régularisable par l'accord indépendant et unanime de l'ensemble des personnes publiques pour désigner un lauréat et, en particulier, de la ou des autorités compétentes pour lui délivrer le ou les titres d'occupation ?

3° a) Les dispositions de l'article L. 2122-5 du CG3P qui interdisent la constitution de droits réels sur le domaine public naturel trouvent-elles à s'appliquer, en tout ou partie, dans le cadre de la construction des passerelles en surplomb du domaine public fluvial naturel, en l'état des prescriptions techniques figurant dans le dossier de l'appel à projets et compte tenu des différents régimes de domanialité publique qui y sont décrits ?

b) Dans l'affirmative, quelle nature de droits pourrait être accordée aux lauréats de l'appel à projets par les personnes publiques intéressées ?

Vu la Constitution ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu le code des transports ;

Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

Vu l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;

Vu le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;

Vu le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ;

**EST D'AVIS qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :**

1. Le concours urbain objet de la présente demande d'avis comporte, en l'état des informations transmises au Conseil d'État, deux volets. Il implique, d'une part, la conception et la réalisation de trois passerelles sur la Seine implantées respectivement entre les 4e et 5e arrondissements, les 12e et 13e arrondissements et les 15e et 16e arrondissements. Il appelle, d'autre part, l'élaboration d'un projet d'animation touristique autour de ces passerelles et des quais attenants, comprenant le développement d'activités récréatives, de loisirs, de restauration et commerciales et, le cas échéant, l'édification de nouvelles constructions susceptibles de les abriter.

2. En l'état des informations disponibles, il apparaît que la Ville de Paris et Port autonome de Paris (PAP) sont intéressés à cette procédure. L'appel à projets a également impliqué l'État en tant que propriétaire du domaine public fluvial naturel dont la gestion est confiée à Voies navigables de France (VNF), exception faite du domaine public fluvial naturel géré par PAP, et VNF en tant que gestionnaire de ces dépendances.

I. Sur les questions relatives à la qualification du contrat

a) Sur le risque de requalification des titres d'occupation domaniale en contrat de la commande publique

3. Il résulte des textes applicables au cas d'espèce – ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ainsi que leurs décrets d'application – que sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, pour répondre à

ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Le juge retient la qualification de convention d'occupation domaniale dès lors que le contrat n'a pas pour objet de répondre aux besoins de la personne publique (CE 10 mars 2006 Sté Unibail n° 284802, inédite; CE 3 décembre 2014 Établissement public Tisséo n° 384170, aux Tables). Par ailleurs une prestation ne relève de la commande publique que si elle comporte un « intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur », tel n'étant pas le cas lorsqu'elle « vise à satisfaire un objectif public d'intérêt général dont il incombe au pouvoir adjudicateur d'assurer le respect » (CJUE, 25 mars 2010 Helmut Müller n° C-451/08 ; voir également CE 15 mai 2013 Ville de Paris n° 364593, au Recueil). Enfin la CJUE a rappelé récemment que « des contrats [qui] portent non pas sur une prestation de services déterminée par l'entité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale ... ne relèvent pas de la catégorie des concessions de services » (CJUE 14 juillet 2016 Promoimpresa Srl n° C-458/14, § 47).

4. En l'espèce, la question se pose de savoir si le contrat qu'il est envisagé de conclure à l'issue de l'appel à projets répond à un besoin des personnes publiques associées et, dans l'affirmative, s'il existe une contrepartie onéreuse aux prestations demandées.

5. Or, d'une part, il ressort tout d'abord du cahier des charges que les passerelles envisagées, bien que destinées à plusieurs usages, ont vocation à être utilisées comme axe de déplacement et de franchissement de la Seine. La création de nouvelles voies et leur affectation à la circulation, y compris piétonne, relèvent de la satisfaction d'un besoin public. Les ponts figurent, en outre, sur la « liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique » publiée au Journal officiel du 27 mars 2016 en application du 1° du I de l'article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du 1° du I de l'article 6 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, pour lesquelles existe une forme de présomption de réponse à un besoin de la personne publique. En effet, lorsqu'un pouvoir adjudicateur confie la conception et la réalisation d'un pont à un opérateur économique, il n'est pas nécessaire de vérifier, comme le prévoit le 2° de ces dispositions pour les ouvrages ne figurant pas sur la liste, que ce dernier a fixé des exigences et exercé une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage. En tout état de cause, tel semble être le cas des passerelles sur la Seine puisque le cahier des charges de l'appel à projets précise le programme attendu des candidats pour chaque site, en distinguant selon les zones (« au-dessus du fleuve », « sur les emprises des quais hauts »), et leur impose des prescriptions techniques découlant, pour certaines, des règles d'urbanisme et de sécurité, mais tenant également, pour d'autres, au maintien des activités économiques ou industrielles existantes pour lesquelles PAP a délivré des titres d'occupation. Sans être extrêmement précis, les « dix défis à relever » à teneur écologique qui figurent dans le règlement de la manifestation d'intérêt constituent également des éléments complémentaires de cadrage du besoin des personnes publiques associées au projet. Compte tenu des missions respectives de ces personnes publiques, ce contrat répondrait au moins aux besoins de la Ville de Paris.

6. D'autre part, ce même règlement précise, dans son annexe 1, que la proposition financière et le montage financier font partie des éléments de l'offre que les équipes candidates soumettront dans le cadre de la seconde phase de l'appel à projets. Le cahier des charges indique, lui, que les passerelles « seront destiné[s] à différents usages urbains selon un modèle économique à inventer... ». Ainsi, s'il n'est pas possible de déterminer avec précision les termes de l'équilibre financier du contrat final, qui sont du reste encore inconnus à ce stade, la seule mention du modèle économique suffit pour démontrer que l'opération a un

caractère onéreux et que le lauréat de l'appel à projets recevrait, dans ce montage, une contrepartie, qu'il s'agisse d'un prix ou du droit d'exploiter l'ouvrage réalisé.

7. Il résulte de ce qui précède que l'opération envisagée dans le cadre de l'appel à projets lancé par la Ville de Paris relève d'un contrat de la commande publique, sans qu'il soit possible à ce stade de se prononcer sur la nature exacte du contrat final.

8. Il paraît en effet difficile de se prononcer sur sa nature de marché public ou de concession. S'ils semblent pencher vers la qualification de concession en raison de l'exploitation des activités commerciales et de loisirs qui paraît associée à la construction des passerelles, le cahier des charges et le règlement de la manifestation d'intérêt, qui laissent aux candidats toute latitude pour proposer le modèle financier associé à leur offre, ne permettent pas de trancher entre ces deux formes. Il n'est pas possible a fortiori de prendre parti sur le rattachement du contrat final à un marché public, ou une concession, de travaux ou de services dès lors qu'à ce stade l'équilibre retenu entre ces deux prestations et, par suite, l'objet principal du contrat restent inconnus.

b) Sur les conséquences à tirer d'une requalification en contrat de la commande publique

9. La publicité préalable au choix du lauréat a pour l'heure consisté en la mise à disposition du dossier d'informations sur le site internet dédié « Reinventing Cities » et une communication sur les réseaux sociaux. La procédure a été suspendue par la Ville de Paris peu après le dépôt, par les candidats, de leur première expression d'intérêt au titre de la phase de présélection.

10. La mise à disposition ainsi que les démarches rappelées au point précédent ne peuvent être regardées comme l'une quelconque des procédures de publicité prévues par les textes qui doivent être observées préalablement à la conclusion d'un contrat de la commande publique. La procédure lancée n'est pas, compte tenu de ce vice, susceptible d'être poursuivie de manière régulière et la conclusion d'un contrat, quelle qu'en soit la qualification, à son issue, serait par suite nécessairement entachée d'irrégularité. La circonstance que les personnes publiques concernées pourraient consentir au profit de la Ville de Paris à un transfert de gestion de leur domaine public ou à une superposition d'affectations au sens des articles L. 2123-3 ou L. 2123-7 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) est à cet égard indifférente.

11. La Ville de Paris peut choisir de renoncer à ce projet. Les dispositions du règlement de phase d'expression d'intérêt qui excluent toute forme d'indemnisation des équipes candidates pour leur participation à l'appel à projets ne feraient toutefois pas obstacle à l'application du droit commun de la responsabilité, si des demandes indemnitaires venaient à être formulées par des candidats établissant l'existence d'un préjudice directement causé par l'abandon de la procédure.

12. Il est également loisible à la Ville de Paris d'engager une nouvelle procédure. Si elle renonçait à préciser l'appel à projets initialement conçu, elle devrait alors respecter la procédure formalisée d'appel d'offres prévue pour les marchés publics pour prévenir tout risque juridique sur ce plan. Il a été jugé en effet que la personne publique qui n'est pas, au moment où elle lance un appel à projets, en mesure de déterminer le type de contrat sur lequel celui-ci doit déboucher, est tenue d'appliquer la procédure de passation la plus rigoureuse (CE 7/2 10 juin 2009 Port autonome de Marseille n° 317671, aux Tables). La modification de l'appel à projets initial sur l'objet du contrat et le mode de rémunération du

cocontractant permettrait de déterminer si le contrat envisagé est un marché ou une concession et d'en tirer les conséquences procédurales.

13. Quelle que soit l'option retenue, il incomberait à la Ville de Paris d'accorder une attention particulière au respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Le risque n'est pas négligeable en effet que les candidats à la procédure d'appel à projet se trouvent avantagés par rapport aux autres candidats, comme l'induisent souvent de telles configurations. Cela suppose par exemple d'inviter les anciens candidats à déposer à nouveau leur candidature compte tenu des éléments portés à leur connaissance dans le cadre de la nouvelle procédure et de laisser suffisamment de temps aux nouveaux candidats pour élaborer leur projet.

II. Sur les questions relatives aux obligations découlant de l'application du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P)

14. Le projet de passerelles met en jeu quatre types de dépendances du domaine public fluvial : les quais hauts, relevant du domaine public routier de la Ville de Paris ; les quais bas, relevant du domaine public artificiel de PAP ; le chenal de navigation, relevant du domaine public fluvial naturel de l'État et géré par VNF ; et la bande de 24 mètres de large du plan d'eau, relevant du domaine public fluvial naturel de l'Etat, gérée par PAP.

a) Sur l'applicabilité des dispositions de l'article L. 2122-5 du CG3P qui interdisent la constitution de droits réels sur le domaine public naturel

15. Il résulte des dispositions des articles L. 2111-7 et L. 2111-9 du CG3P, selon lesquelles « Le domaine public fluvial naturel est constitué des cours d'eau et lacs appartenant à l'État, à ses établissements publics, aux collectivités territoriales et à leurs groupements et classés dans leur domaine public fluvial » et « Les limites des cours d'eau domaniaux sont déterminées par la hauteur des eaux coulant à pleins bords avant de déborder », que l'espace compris au-dessus des cours d'eau et lacs ainsi délimités ne relève pas du domaine public fluvial naturel (voir pour le domaine public maritime : CE 6 juin 2018 Arditty n° 410651, aux Tables). Il s'ensuit que l'espace situé au-dessus des dépendances du domaine public fluvial naturel gérées par VNF et par PAP ne relève pas du domaine public fluvial naturel.

16. Il ressort en outre des informations transmises au Conseil d'État que les passerelles ont seulement vocation à surplomber le domaine public fluvial naturel sans implantation de piles de pont, leurs assises étant situées sur les quais hauts et les quais bas de la Seine, relevant respectivement du domaine public routier et du domaine public fluvial artificiel.

17. Par suite, la construction des passerelles au-dessus de la Seine n'empiéterait pas sur le domaine public fluvial naturel et les dispositions de l'article L. 2122-5 du CG3P ne font pas obstacle à ce que des droits réels soient conférés, sur ces passerelles, au lauréat de l'appel à projets. La question 3° b) du Gouvernement est donc sans objet.

18. Il résulte également de ce qui précède que, faute d'occupation, VNF et PAP n'ont pas, au titre des dépendances du domaine public fluvial naturel qu'ils gèrent pour l'État, à délivrer de titre d'occupation pour la réalisation du projet de passerelles. L'Etat n'est, en tout état de cause, pas intéressé à la procédure dès lors

qu'il a délégué la gestion du domaine public dont il est propriétaire.

19. Le Conseil d'État souligne toutefois que les implantations situées dans l'espace compris au-dessus du domaine public fluvial naturel sont réprimées au titre des contraventions de grande voirie, sur le fondement de l'article L. 2132-6 du CG3P, si elles sont susceptibles de nuire à l'écoulement des eaux ou à la navigation. Elles ne doivent pas non plus nuire aux activités portuaires. L'association de VNF et de PAP relève à ce titre d'une bonne pratique.

b) Sur la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article L. 2122-1-1 du CG3P

20. Il résulte de ce qui a été dit aux points nos 3 à 8 que le contrat envisagé dans le cadre de l'appel à projets passé par la Ville de Paris relève de la commande publique et doit à ce titre faire l'objet de la procédure de passation applicable aux concessions de travaux ou de l'appel d'offre applicable aux marchés publics (cf. point n° 12). Par suite, les dispositions du 2° de l'article L. 2122-1-2 du CG3P qui permettent de dispenser la délivrance de titres d'occupation domaniale d'une procédure de sélection comportant des mesures de publicité prévues à l'article L. 2122-1-1 « lorsque le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou que sa délivrance s'inscrit dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection » sont ici applicables.

c) Sur la notion d'autorité compétente pour délivrer les titres d'occupation

21. Si une telle procédure devait être organisée, l'autorité compétente au sens du premier alinéa de l'article L. 2122-1-1 du CG3P s'entend du propriétaire ou, s'il est distinct, du gestionnaire du domaine public en cause. En l'espèce, il n'existe pas d'obstacle de principe à ce que la Ville de Paris organise la procédure de sélection prévue par ces dispositions, ni, du reste, la procédure mentionnée au point n° 12, si elle a la qualité de propriétaire ou de gestionnaire des dépendances du domaine public en cause ou, à défaut, si elle a été mandatée par son gestionnaire pour organiser cette procédure.

22. La première hypothèse implique que la Ville de Paris devienne propriétaire des dépendances du domaine public fluvial artificiel de PAP. Les dispositions des articles L. 3113-1 et s. et R. 31131 et s. du CG3P offrent à cet égard une faculté de transfert de propriété à titre gratuit des dépendances du domaine public fluvial de l'État ou d'une autre personne public au profit d'une collectivité territoriale.

23. La deuxième hypothèse consiste à faire de la Ville de Paris le gestionnaire de l'ensemble des dépendances du domaine public concernées, notamment par la voie d'un transfert de gestion lié à un changement d'affectation sur le fondement de l'article L. 2123-3 du CG3P dès lors que les « immeubles » au sens de ces dispositions incluent les dépendances du domaine public naturel (CE Section 20 février 1981 Association pour la protection du site du Vieux Pornichet n° 6152, au Recueil) et que le changement d'affectation qu'elles impliquent est regardé comme caractérisé en cas de réaménagement de berges pour des activités nautiques et touristiques, comme en l'espèce (CE 8 juillet 1996 Merie, n° 121520, au Recueil).

24. Dans la troisième hypothèse, la ville serait simplement mandatée par PAP pour organiser la procédure de sélection. Telle est la vocation du protocole de partenariat envisagé ou, dans le cadre d'un contrat de la commande publique, de la convention

constitutive d'un groupement de commandes ou d'un groupement d'autorités concédantes au sens respectivement des articles 28 et 26 des ordonnances du 23 juillet 2015 et du 20 janvier 2016. Aux termes de ces accords, les personnes publiques peuvent s'engager à délivrer une autorisation domaniale au lauréat de la procédure organisée ou, comme c'est le cas du projet de protocole de partenariat transmis au Conseil d'État, garder la faculté de lui refuser ce titre à l'issue de la procédure.

**Référence 2 : CE, avis, 2 juillet 2019 sur les contrats de marketing du COJO, n° 397961**

Le Conseil d'État (section de l'administration), saisi par le ministre de l'économie et des finances d'une demande d'avis relative aux contrats de partenariat de marketing conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques et paralympiques (COJO) comportant les questions suivantes :

1° Le COJO est-il, au regard des besoins qu'il satisfait et compte tenu de ses modalités de financement, des contrôles réalisés sur sa gestion ou de ses modalités de gouvernance, un pouvoir adjudicateur au sens de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique ?

2° Les conventions de partenariat marketing que conclut le COJO avec des partenaires domestiques sont-elles soumises aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 17 de la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024 ? Dans l'affirmative, le respect de ces dispositions est-il suffisant pour que ces conventions soient régulièrement passées si le COJO est un pouvoir adjudicateur ?

3° Dans l'hypothèse où le COJO serait un pouvoir adjudicateur :  
3.1° Les conventions de partenariat marketing prévoyant le versement au COJO de contributions en numéraire et en nature en contrepartie de l'octroi de droits d'exploitation des propriétés olympiques et de l'exclusivité d'achat de fournitures, services ou travaux portant sur certains domaines de prestation si le COJO a besoin d'effectuer des achats au-delà des volumes donnés gratuitement par ses partenaires répondent-elles à la qualification de contrat de la commande publique alors même que le choix des partenaires et de la nature des prestations qu'il pourront assurer est déterminé par l'importance des apports que l'entreprise partenaire accepte de consentir ?

3.2° Les conventions de partenariat marketing peuvent-elles, dès lors que les apports en numéraire en constitueraient l'objet principal et les prestations fournies l'accessoire, être regardées comme des contrats mixtes au sens de l'article L. 1312-1 du code de la commande publique et, à ce titre, exclues du champ d'application du droit de la commande publique ?

3.3° Les conventions de partenariat marketing peuvent-elles être regardées comme dénuées de caractère onéreux et, à ce titre, exclues du champ d'application du droit de la commande publique, dans l'hypothèse où la valeur cumulée des apports du partenaire de marketing domestique (en numéraire et en nature) serait supérieure au montant susceptible d'être commandé par le COJO dans le cadre des droits d'exclusivité ou de priorité consentis au partenaire ?

4° Dans l'hypothèse où le COJO serait un pouvoir adjudicateur et les conventions de partenariat marketing des marchés publics :

4-1° Le Comité international olympique (CIO), association de droit suisse qui détient les droits marketing d'organisation des jeux olympiques qu'elle met temporairement à la disposition, ainsi que d'autres moyens, de la ville hôte pour qu'elle puisse

financer les jeux olympiques, peut-il être considéré comme une organisation internationale finançant majoritairement lesdits marchés publics, permettant ainsi le recours par le COJO aux dispositions de l'article L. 2512-2 du code de la commande publique aussi bien pour les achats effectués auprès des partenaires TOP que pour ceux effectués auprès des partenaires domestiques ?

4-2° Dans la négative, les conventions de partenariat marketing pourraient-elles être passées selon la procédure sans publicité ni mise en concurrence préalable prévue à l'article R. 2122-3 du code de la commande publique, compte tenu des spécifications particulières de ces contrats qui, pour les partenariats TOP, sont imposés par le CIO et dont le respect de l'exclusivité était une condition de l'obtention de l'organisation des jeux olympiques et qui, pour les partenariats domestiques, sont notamment encadrés par les conventions passées avec le CIO ?

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;  
Vu la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ;  
Vu le code de la commande publique ;  
Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;  
Vu le code de justice administrative, notamment son article L. 112-2 ;  
Vu la loi n° 2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificatives pour 2017, notamment son article 81 ;  
Vu la loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques de 2024, notamment son article 17 ;  
Vu le décret n° 2018-234 du 30 mars 2018 portant soumission de l'association « Comité d'organisation des Jeux olympiques et paralympiques » au contrôle économique et financier de l'État ;  
Vu l'arrêté du 22 juin 2018 fixant les modalités spéciales d'exercice du contrôle économique et financier de l'Etat sur le Comité d'organisation des jeux olympiques et paralympiques de Paris en 2024 (COJO) ;

**EST D'AVIS qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :**

1. L'organisation des jeux olympiques et paralympiques 2024 a été confiée par le Comité international olympique à la Ville de Paris et au Comité national olympique et sportif français par un contrat, dit de ville hôte, conclu le 13 septembre 2017. Ce contrat international régi par le droit suisse imposait la création d'un Comité d'organisation des jeux olympiques et, aux termes de son article 3, l'adhésion de ce comité à l'ensemble de ses stipulations. Le Comité d'organisation des jeux olympiques « Paris 2024 », créé le 21 décembre 2017 sous forme d'une association de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, a signé le contrat de ville hôte le 8 mars 2018. Le financement de l'organisation des jeux olympiques repose notamment sur la conclusion avec des opérateurs économiques de contrats de partenariat de marketing. Le contrat de ville hôte distingue les partenaires dits « TOP », désignés par le Comité international olympique, des partenaires dits « domestiques », sélectionnés par le Comité d'organisation des jeux olympiques. Les partenaires de marketing TOP concluent avec le Comité international olympique un accord de long terme valable dans le monde entier. Les contrats conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques ne leur ouvrent des droits qu'en France et, aux termes de l'article 24.1 du contrat de ville hôte, pour une période maximale de six ans, du 1<sup>er</sup> janvier 2019 au 31 décembre 2024. Le Comité d'organisation des jeux olympiques ne peut, en principe, conclure de partenariat domestique avec un concurrent d'un partenaire « TOP ».

Les partenaires de marketing peuvent fournir des apports en numéraire participant au financement direct de l'organisation des jeux olympiques ou des apports en nature contribuant à leur organisation matérielle (par exemple, la fourniture d'énergie, la délivrance de billets d'avion, la mise à disposition de véhicules ou d'équipements sportifs, des prestations de conseil spécialisées). Ils bénéficient, en contrepartie, du droit d'exploiter la marque « Paris 2024 », d'utiliser des emblèmes des jeux, du droit de faire la publicité de leur propre marque notamment dans les lieux en lien avec les jeux ainsi, éventuellement, que de droits d'occupation du domaine public ou d'exclusivité ou de priorité pour la fourniture à titre onéreux de prestations nécessaires à l'organisation des jeux olympiques.

Selon les prévisions du Comité d'organisation des jeux olympiques, pour les jeux de 2024, le marketing olympique devrait représenter près de 1,5 milliards d'euros de recettes (40 % des 3,8 milliards de recettes totales attendues) dont 400 millions d'euros provenant des partenaires désignés par le Comité international olympique et 1,09 milliards d'euros des partenaires domestiques.

### **1° Sur la question relative à la qualification de pouvoir adjudicateur**

2. Aux termes de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique issu de l'article 2 de la directive 2014/24/UE susvisée, constituent des pouvoirs adjudicateurs, outre les personnes morales de droit public et les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun, « (...) 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : / a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; / b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; / c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur (...) ».

Il ressort de ces dispositions que la qualité de pouvoir adjudicateur d'une personne morale de droit privé résulte de la réunion de trois critères cumulatifs : un objet d'intérêt général, l'absence de caractère industriel ou commercial de cet objet et la dépendance étroite à l'égard d'un pouvoir adjudicateur qui peut prendre une ou plusieurs des trois formes mentionnées par les dispositions précitées.

*En ce qui concerne la satisfaction d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial :*

3. Il est, en premier lieu, constant que le Comité d'organisation des jeux olympiques, constitué sous la forme d'une association relevant de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association, est une personne morale de droit privé. Il résulte, par ailleurs, tant de l'article 1<sup>er</sup> de ses statuts que des dispositions de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 26 mars 2018 susvisée que la mission pour laquelle il a été créé est d'organiser et de promouvoir les jeux olympiques et paralympiques de 2024. Cette mission revêt, dès lors que cette action profite à la collectivité et eu égard aux conséquences de ces jeux pour la promotion de la pratique sportive et le rayonnement de la Ville de Paris et de la France, un caractère d'intérêt général.

4. Le Conseil d'Etat constate ensuite que le législateur, par la loi du 26 mars 2018 précitée, a confié au seul Comité d'organisation des jeux olympiques, créé à cette fin par la Ville de Paris et le

Comité national olympique et sportif français, la mission d'organiser en France les jeux olympiques et paralympiques aux côtés du Comité international olympique et du Comité international paralympique. Il s'ensuit que le Comité d'organisation des jeux olympiques ne se trouve pas en situation de concurrence avec d'autres acheteurs potentiels au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden et BFI Holding BV*, aff. C-360/96, point 49 ; 10 mai 2001, *Agorà Srl*, aff. C-223/99 et C-260/99, points 27 à 30 ; 27 février 2003, *Adolf Truley*, aff. C-373/00, points 59 à 61).

Il résulte, par ailleurs, de la clause de responsabilité souscrite par la Ville de Paris aux termes de l'article 4.1 du contrat de ville hôte, conjointement et solidairement avec le Comité d'organisation des jeux olympiques et le Comité national olympique et sportif français pour tous les engagements et obligations contractés, ainsi que des garanties accordées par l'Etat pour le remboursement des sommes versées par le Comité international olympique au Comité d'organisation des jeux olympiques et, dans certaines limites, des emprunts bancaires contractés par ce dernier en vertu de l'article 81 de la loi du 28 décembre 2017 susvisée que les risques économiques encourus par le Comité d'organisation des jeux olympiques sont très limités.

En outre, le caractère unique et universel des jeux olympiques dont le but, ainsi que l'énoncent les principes fondamentaux de l'Olympisme proclamés par la Charte olympique, est « *de mettre le sport au service du développement harmonieux de l'humanité en vue de promouvoir une société pacifique, soucieuse de préserver la dignité humaine* » fait obstacle à ce que les activités du Comité d'organisation des jeux olympiques soient considérées comme n'ayant qu'un caractère industriel et commercial.

Enfin, ainsi qu'il sera détaillé au point 7, la soumission du Comité d'organisation des jeux olympiques au contrôle économique et financier de l'Etat atteste que ce dernier a entendu conserver une influence déterminante à l'égard de l'activité du comité, ce dont la jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne tient compte pour exclure le caractère industriel et commercial d'un besoin d'intérêt général (CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden et BFI Holding BV*, aff. C-360/96, point 51 ; 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, C-18/01, point 47).

Par suite, nonobstant les activités lucratives que peut exercer le Comité d'organisation des jeux olympiques, dont le but principal n'est pas la recherche de bénéfices, sa création répond à un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

*En ce qui concerne la dépendance étroite à l'égard d'un pouvoir adjudicateur :*

5. Les statuts du Comité d'organisation des jeux olympiques et les précisions apportées par l'administration établissent que le financement de l'activité du comité est principalement assuré par des ressources privées. Par ailleurs, il n'est pas établi que la majorité des membres de ses organes de direction ou de surveillance sont désignés par un pouvoir adjudicateur.

6. Le Conseil d'Etat constate cependant que, s'agissant de l'administration du Comité d'organisation des jeux olympiques, siègent au sein de ses organes dirigeants et en représentent une proportion importante, en qualité de membres de droit, les représentants de plusieurs pouvoirs adjudicateurs, notamment l'Etat et la Ville de Paris qui est, avec le Comité national

olympique et sportif français, à l'origine de sa création. Aux termes des articles 11 et 13 des statuts du Comité d'organisation des jeux olympiques, les avis conformes de l'Etat et de la Ville de Paris doivent être recueillis pour certaines décisions importantes du conseil d'administration et, en particulier, la désignation d'un nouveau président, l'adoption du règlement intérieur et du règlement financier du comité ainsi que pour la convention conclue avec la Société de livraison des ouvrages olympiques.

L'article 28 des statuts prévoit, en outre, que les représentants de l'Etat et de la Ville de Paris sont membres de droit du comité d'audit qui a pour mission d'analyser et de faire toute recommandation utile relative notamment à la gestion de l'association, la soutenabilité de ses engagements, la mise en œuvre du contrat de ville hôte, la politique de gestion des risques.

7. Le Conseil d'Etat relève, par ailleurs, que s'agissant de ses comptes et de sa gestion, le Comité d'organisation des jeux olympiques est soumis non seulement au contrôle de la Cour des comptes en vertu de l'article 29 de la loi du 26 mars 2018 précitée mais aussi à celui du contrôle économique et financier de l'Etat auquel l'assujettit spécifiquement le décret du 30 mars 2018 susvisé. Il résulte, en particulier, de l'arrêté du 22 juin 2018 pris pour l'application de ce décret que le contrôleur a pour mission d'analyser les risques et les performances du Comité d'organisation des jeux olympiques en veillant aux intérêts économiques et financiers de l'Etat, qu'il a entrée avec voix consultative aux séances des organes délibérants du comité et de tout organe consultatif interne, que toutes les décisions budgétaires et financières importantes lui sont soumises pour avis préalable, que le directeur du comité ne peut passer outre son avis défavorable que par une décision expressément motivée et que le contrôleur peut, en cas de difficultés budgétaires, demander au directeur général les mesures que ce dernier envisage de prendre pour redresser la situation et en rendre compte au ministre chargé de l'économie et du budget. L'article 11 du règlement financier prévoit, en outre, la présence permanente du contrôleur dans les commissions d'appel d'offre des marchés du Comité d'organisation des jeux olympiques.

A ces contrôles s'ajoutent les droits renforcés d'information financière prévus par l'article 20 des statuts du comité au bénéfice notamment de la Ville de Paris et de l'Etat au titre de la garantie accordée par ce dernier en vertu de la loi du 28 décembre 2017 mentionnée au point 4 qui, si elle est mise en œuvre, donne en outre à l'Etat le pouvoir d'exercer un contrôle strict des dépenses résiduelles à la livraison des jeux.

Il se déduit de l'ensemble des éléments qui précèdent l'existence d'un lien de dépendance étroite du Comité d'organisation des jeux olympiques à l'égard de l'Etat et de la Ville de Paris, de nature à permettre à ces derniers d'influencer ses décisions notamment en matière de marchés.

8. Il résulte de ce qui est dit aux points 3 à 7 que le Comité d'organisation des jeux olympiques doit être regardé comme un pouvoir adjudicateur au sens des dispositions précitées de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique.

#### **2° Sur les questions relatives à la soumission des conventions de partenariat de marketing olympique aux dispositions du deuxième alinéa de l'article 17 de la loi du 26 mars 2018**

9. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 17 de la loi du 26 mars 2018 précitée : « *Le comité d'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques sélectionne ses partenaires de marketing selon une procédure qu'il organise, présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence et comportant des*

*mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester* ».

*En ce qui concerne le champ d'application de ces dispositions :*

10. Il ressort des dispositions du deuxième alinéa de l'article 17, dont la rédaction doit être rapprochée de celle du premier alinéa relatif à l'ensemble des partenaires de marketing olympique et qui sont éclairées par les travaux parlementaires, que les partenaires de marketing qui y sont mentionnés sont exclusivement les partenaires domestiques, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas désignés par le Comité international olympique. Le Conseil d'Etat observe que telle est, au demeurant, la lecture faite de ces dispositions dans l'avis n° 393671 du 9 novembre 2017 qu'il a rendu sur le projet de loi.

*En ce qui concerne les conséquences du respect de ces dispositions :*

11. Il résulte de l'économie générale de l'article 17 qu'il est uniquement relatif aux conditions d'occupation du domaine public par les partenaires de marketing olympique.

12. Or, aux termes du 3° de l'article L. 1100-1 du code de la commande publique, les contrats ayant pour objet l'occupation domaniale ne sont pas soumis à ce code. Dès lors, les conventions de partenariat de marketing olympique qui auraient pour objet exclusif ou principal l'occupation du domaine public ne sont pas des contrats de la commande publique. La conclusion de telles conventions par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques n'est, par suite, soumise qu'aux obligations procédurales mentionnées au deuxième alinéa de l'article 17 qui, en tout état de cause, s'imposent aux contrats comportant l'exercice d'une activité économique sur le domaine public présentant un intérêt transfrontalier certain soumis aux règles fondamentales du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (CJUE, 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14, point 49).

13. En revanche, les conventions de partenariat de marketing dont l'occupation domaniale n'est qu'un objet accessoire peuvent constituer des contrats de la commande publique si elles en remplissent, par ailleurs, les critères. Dans ce cas, le respect des dispositions du deuxième alinéa de l'article 17 est assuré par celui des règles de passation du code de la commande publique, lesquelles répondent aux conditions de transparence, d'impartialité et de publicité exigées par ces dispositions.

Le Conseil d'Etat estime que le deuxième alinéa de l'article 17, qui impose une procédure de sélection des partenaires de marketing présentant les garanties d'impartialité et de transparence et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester, pourrait être utilement complété afin qu'il soit précisé, d'une part, que cette procédure ne s'applique que préalablement à la délivrance du titre de sous-occupation du domaine aux partenaires de marketing autres que ceux désignés par le Comité international olympique et, d'autre part, que le respect de ces exigences peut, le cas échéant, être assuré par celui des règles de passation prévues par le code de la commande publique.

#### **3° Sur les questions relatives à la qualification des conventions de partenariat de marketing conclues par le Comité d'organisation des jeux olympiques**

14. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2 du code de la commande publique : « *Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou*

une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques ». Selon l'article L. 1111-1 du même code, les contrats de la commande publique conclus par un acheteur « en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent » sont des marchés publics.

En ce qui concerne la première question :

15. Les conventions de partenariat de marketing peuvent, en contrepartie de l'octroi de droits d'exploitation des marques et emblèmes olympiques et des espaces publicitaires à l'occasion des jeux, prévoir le versement de contributions en nature et en numéraire.

Lorsque les apports en nature, qu'il s'agisse de fournitures, de services ou de travaux, répondent aux besoins du Comité d'organisation des jeux olympiques pour l'accomplissement de sa mission, ces conventions constituent des marchés publics soumis au code de la commande publique dont le prix est constitué par la valeur des droits d'exploitation accordés, sous réserve de ce qui est dit aux points 16 et 17.

A fortiori, constitue également un marché public la convention prévoyant que le partenaire bénéficie d'un engagement du comité à se procurer auprès de lui, en priorité ou en exclusivité, des fournitures, services ou travaux au-delà de l'apport en nature prévu par la convention.

En ce qui concerne la deuxième question :

16. D'une part, les conventions de partenariat de marketing qui prévoiraient exclusivement des versements en numéraire en contrepartie du droit d'exploiter les marques et emblèmes associés aux jeux olympiques, dès lors qu'elles n'ont pour objet ni l'exécution de travaux, ni l'achat de fournitures, ni la prestation de services pour les besoins du Comité d'organisation des jeux olympiques, ne constituent pas des contrats de la commande publique.

17. D'autre part, les conventions dont l'apport en numéraire constitue l'objet principal et l'apport en nature l'objet accessoire peuvent être regardées comme des contrats mixtes au sens des dispositions de l'article L. 1312-1 du code de la commande publique aux termes desquelles : « Lorsqu'un acheteur conclut un contrat unique destiné à satisfaire des besoins, objectivement indissociables, qui, d'une part, relèvent du droit commun des marchés prévu au livre Ier de la deuxième partie ou de son livre II relatif aux marchés de partenariat et, d'autre part, ne relèvent pas du présent code, ce contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal. / Lorsque l'objet principal du contrat ne peut être objectivement déterminé, le contrat est soumis aux dispositions des livres I<sup>er</sup> ou II de la deuxième partie ».

L'objet principal de la convention de partenariat doit être, dans ce cas, déterminé en tenant compte, le cas échéant, de la valeur globale du contrat comprenant des services, fournitures ou travaux que le comité prévoit de commander au partenaire au-delà de l'apport en nature prévu par la convention.

Si l'apport en numéraire est l'objet principal de la convention, la convention de partenariat n'entre pas dans le champ de la commande publique.

En ce qui concerne la troisième question :

18. Il résulte de ce qui a été dit aux points 12, 16 et 17 que les conventions de partenariat de marketing prévoyant des apports en numéraire et en nature constituent, quelle que soit la valeur cumulée des apports respectifs, des marchés publics soumis au code de la commande publique, à l'exception de celles ayant pour objet principal un apport en numéraire ou l'occupation du domaine public.

#### **4° Sur les questions relatives à la procédure de passation des conventions de partenariat de marketing olympique**

19. Aux termes de l'article L. 2512-2 du code de la commande publique, sont soumis aux seules règles définies au titre II du livre V « les marchés publics conclus : / 1° Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le marché public est entièrement financé par cette organisation internationale ; / 2° Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et l'acheteur lorsque le marché public est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale ».

20. En premier lieu, le Conseil d'Etat observe que ni les dispositions précitées, ni l'article 9 de la directive du 26 février 2014 précitée dont l'article L. 2512-2 assure la transposition n'exigent que l'organisation internationale à laquelle ils s'appliquent présente un caractère intergouvernemental ou interétatique.

Le Comité international olympique, association de droit suisse dont les membres sont des personnes physiques, n'a pas été créé par des Etats ou des organisations internationales, ni institué par un traité international. Il ne constitue pas, dès lors, une organisation internationale intergouvernementale. Toutefois, la composition du Comité international olympique qui regroupe des membres de pays différents, la nature d'intérêt public de sa mission à vocation internationale, sa capacité à signer des accords avec des organisations internationales et son statut d'observateur permanent auprès de l'Organisation des Nations unies lui donnent le caractère d'une organisation internationale non gouvernementale. Cette qualité affirmée par la règle 15 de la Charte olympique lui est d'ailleurs expressément attribuée par l'article 81 de la loi du 28 décembre 2017 précitée. Par suite, nonobstant son caractère non gouvernemental, le Comité international olympique doit être considéré comme une organisation internationale au sens et pour l'application du code de la commande publique.

21. En deuxième lieu, il ressort des stipulations du chapitre II du contrat de ville hôte que le Comité international olympique versera au Comité d'organisation des jeux olympiques pour le financement des jeux une somme totale de près de 3,55 milliards d'euros représentant une part des revenus nets du programme international de marketing, une contribution financière liée aux revenus de diffusion dérivés des « accords de diffusion », la contrepartie de tous les revenus bruts issus de tous les contrats relevant de l'accord sur le plan de marketing, les revenus bruts provenant de toutes les formes de ventes de billets se rapportant aux jeux et une part des recettes de différents programmes autorisés par le Comité international olympique. Il en résulte que la contribution directe de ce dernier représentera plus de 93 % des recettes du Comité d'organisation des jeux olympiques.

Dès lors, tant les conventions de partenariat de marketing conclues avec les partenaires domestiques que les contrats conclus avec les partenaires TOP doivent être considérés comme cofinancés majoritairement par le Comité international olympique.



22. En dernier lieu, les différents accords conclus entre le Comité international olympique et le Comité d'organisation des jeux olympiques, notamment l'accord sur le plan de marketing et ses annexes qui s'incorporent au contrat de ville hôte, imposent au second d'exécuter le plan de marketing dans le strict respect des instructions et lignes directrices du premier. Ils instituent un groupe de travail chargé de coordonner les relations entre des représentants du Comité international olympique et les entités responsables de la passation des marchés du Comité d'organisation des jeux olympiques avec les partenaires TOP. Ils prévoient par ailleurs dans le détail les modalités de conclusion des conventions de marketing avec les partenaires domestiques ainsi que celles de tous les contrats de fournitures et services à conclure par le Comité d'organisation des jeux olympiques. Ils stipulent notamment que ce dernier doit respecter les instructions du Comité international olympique relatives à la procédure de sélection des partenaires domestiques, au choix de ces partenaires et à l'exécution de leurs conventions de marketing, que la conclusion de ces conventions est soumise à l'approbation préalable du Comité international olympique et qu'avant la conclusion de tout contrat d'achat, le Comité d'organisation des jeux olympiques doit obtenir l'accord écrit du Comité international olympique auquel il doit préciser la nature et le montant de la commande envisagée.

La procédure de passation des marchés publics conclus par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec les partenaires TOP et des conventions de partenariat de marketing conclues avec les partenaires domestiques doit, dès lors, être considérée comme étant convenue entre le Comité international olympique et le Comité d'organisation des jeux olympiques au sens du 2° de l'article L. 2512-2 précité du code de la commande publique.

23. Bien que la question relative à l'application de l'article R. 2122-3 du code de la commande publique ne soit posée au Conseil d'Etat qu'en cas de réponse négative à celle de l'application du 2° de l'article L. 2512-2 de ce code, il y a lieu de souligner qu'en tout état de cause, les marchés publics que le Comité d'organisation des jeux olympiques conclut avec les partenaires désignés par le Comité international olympique doivent être distingués des contrats de marketing olympique passés par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques qui ont le caractère de marchés publics.

24. Pour les premiers, il résulte en effet des stipulations de l'article 24.7 du contrat de ville hôte que le Comité d'organisation des jeux olympiques s'engage à satisfaire ses besoins pour les jeux olympiques en produits et services appartenant aux catégories de prestations réservées aux partenaires désignés par le Comité international olympique en faisant appel à ces partenaires. Comme le Conseil d'Etat l'a constaté dans son avis du 9 novembre 2017 déjà mentionné, le Comité international olympique a ainsi accordé des droits exclusifs aux partenaires qu'il a choisis dans le cadre d'un programme international de marketing que le comité d'organisation est chargé de mettre en œuvre et pour le financement duquel lui est réservée par le Comité international olympique une partie des apports en numéraire versés par les partenaires de marketing de ce dernier.

Or, aux termes de l'article L. 2122-1 du code de la commande publique : « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur* ». Selon l'article R. 2122-3 de ce code, qui reprend en substance les dispositions du b de l'article 32 de la directive

2014/24/UE susvisée : « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : / (...) 3° L'existence de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle. / Le recours à un opérateur déterminé dans les cas mentionnés aux 2° et 3° n'est justifié que lorsqu'il n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché* ».

En conséquence, les marchés publics que le Comité d'organisation des jeux olympiques conclut avec les partenaires de marketing désignés par le Comité international olympique peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables, dès lors que n'existe aucune solution de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché.

25. Il en va différemment pour ceux des contrats de marketing olympique passés par le Comité d'organisation des jeux olympiques avec ses partenaires domestiques qui ont le caractère de marchés publics. Ainsi qu'il est dit aux points 20 à 22, ils entrent dans le champ d'application du 2° de l'article L. 2512-2 du code de la commande publique. En conséquence, ces conventions relèvent de la catégorie des « autres marchés publics » soumis aux seules règles définies au titre II du Livre V de la deuxième partie de ce code, lequel ne prévoit aucune procédure formelle de passation. Il résulte cependant de la jurisprudence que de tels contrats doivent néanmoins être conclus dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et de la règle de transparence des procédures qui en découle (CE, 5 février 2018, *Centre national d'études spatiales (CNES)*, n° 414846, point 11).

**Référence 3 : Conclusions de l'avocat général sur CJUE 22 avril 2021, Commission européenne c/ République d'Autriche, aff. C-537/19 ;**

1. La Commission fait grief à la République d'Autriche d'avoir enfreint la directive 2004/18/CE (2) au motif que, le 25 mai 2012, une entité publique rattachée à la ville de Vienne [Stadt Wien – Wiener Wohnen (ci-après « Wiener Wohnen »)] a passé avec une entreprise privée, sans se conformer aux dispositions de cette directive, un marché public de travaux, que ses signataires ont qualifié de « location », en vue de bâtir sur des terrains appartenant à cette entreprise un immeuble de bureaux dénommé « Gate 2 » (3).

**LA PRISE À BAIL D'UN IMMEUBLE CONÇU SELON LES BESOINS DU POUVOIR ADJUDICATEUR**

2. La Commission s'appuie sur une série d'éléments qui, selon elle, feraient apparaître que Wiener Wohnen (dont la qualité de pouvoir adjudicateur n'est pas contestée) a exercé une influence décisive sur la conception et la réalisation de l'immeuble « Gate 2 ». Elle déduit de cette prémisses que, même si les parties étaient convenues d'une location d'immeuble, il s'agirait en réalité d'un marché public de travaux, dont le montant dépasse le seuil minimal fixé par la directive 2004/18.

3. La République d'Autriche conteste la thèse de la Commission au motif que l'article 16, sous a), de la directive 2004/18, en vertu duquel les marchés publics de location d'immeubles ne relèvent pas des procédures de passation des marchés prévues par celle-ci, trouverait à s'appliquer au présent cas d'espèce.

## I. LE CADRE JURIDIQUE

### A. Le droit de l'Union : la directive 2004/18

4. L'article 2 de la directive 2004/18 (« Principes de passation des marchés ») énonce :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »

5. L'article 16 de cette directive (« Exclusions spécifiques ») dispose : « La présente directive 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 ; toutefois, les contrats de services financiers conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, sont soumis à la présente directive ; [...] »

6. L'article 28 de ladite directive (« Utilisation des procédures ouvertes, restreintes et négociées et du dialogue compétitif ») est ainsi libellé : « Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive. [...] »

### B. Le droit autrichien

7. L'article 10, paragraphe 8, de la Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (4) reproduit l'article 16, sous a), de la directive 2004/18. [...]

## IV. ANALYSE

### A. Remarques liminaires

17. Le présent recours en manquement comporte deux aspects bien différenciés : le premier porte sur l'interprétation des règles en cause, à savoir essentiellement l'article 16, sous a), de la directive 2004/18, et sur la charge de la preuve ; le second concerne les faits et la qualification du contrat (s'agit-il seulement d'un contrat de bail ou également d'un marché de travaux ?)

18. Le rôle de la Cour dans la présente affaire va au-delà de la simple interprétation du droit de l'Union et s'apparente davantage à celui d'une juridiction civile chargée d'établir, en tenant compte des preuves produites, le déroulement des faits et le type de relation contractuelle ayant effectivement existé.

19. Mon analyse portera, en premier lieu, sur les aspects plus proprement juridiques. Ce sont ceux, paradoxalement, qui ont suscité le moins de controverses, peut-être parce qu'il existe déjà une jurisprudence de la Cour clarifiant le sens des dispositions applicables.

20. En second lieu, j'examinerai les arguments et les preuves avancés afin de me prononcer sur les faits et la qualification du contrat.

### B. Éléments proprement juridiques

#### **1. La jurisprudence de la Cour relative à l'article 16, sous a), de la directive 2004/18**

#### **L'EXCLUSION DES CONTRATS AYANT POUR OBJET LA LOCATION D'IMMEUBLES**

21. Aux termes de cette disposition, la directive 2004/18 ne s'applique pas aux « marchés publics de services [...] 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 [...] ».

22. La Cour ne se contente pas d'accepter, tout simplement, la qualification que les parties peuvent donner à leur relation contractuelle. La question de savoir si cette dernière appartient ou non, nonobstant le fait que les signataires du contrat ont qualifié celui-ci de « contrat de location », à la catégorie des marchés publics de travaux relevant de la directive 2004/18 doit être tranchée à la lumière de ce texte (8).

23. Selon la Cour, « la définition de la notion de "marché public de travaux" [...] inclut toutes les opérations dans lesquelles un contrat à titre onéreux, indépendamment de sa qualification formelle, est conclu entre un pouvoir adjudicateur et un entrepreneur, et a pour objet la réalisation, par ce dernier, d'un "ouvrage" au sens de [l'article 1er, paragraphe 2, sous b)] de la [directive 93/37]. Le critère essentiel est à cet égard que cet ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, les moyens utilisés en vue de cette réalisation étant indifférents » (9).

24. Dans l'arrêt *Impresa Pizzarotti*, la Cour a ajouté 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 » (10).

25. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Helmut Müller*, la Cour s'est attachée au caractère onéreux et a souligné que la prestation reçue par le pouvoir adjudicateur dans un marché public de travaux, laquelle doit comporter un avantage économique direct pour ce dernier, « consiste dans la réalisation des travaux que le pouvoir adjudicateur vise à obtenir ». Cet avantage économique existe lorsque le pouvoir adjudicateur devient propriétaire des travaux faisant l'objet du marché, mais il « peut être également constaté s'il est prévu que le pouvoir adjudicateur disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique » (11).

26. Cette disponibilité peut être obtenue au moyen d'un contrat de location, en fonction de ses clauses particulières. C'est ce que confirme le considérant 4 de la directive 2014/24/UE (12) qui, bien qu'inapplicable *ratione temporis* à la présente affaire, exclut de la même manière que la directive 2004/18 les contrats de location d'immeubles (13).

#### **LA REQUALIFICATION D'UN CONTRAT PORTANT SUR UN IMMEUBLE NON ENCORE CONSTRUIT**

27. L'arrêt *Impresa Pizzarotti* a précisément été rendu au sujet de la location d'un immeuble (destiné à abriter la cité judiciaire de Bari, Italie) non encore construit, location que la Cour, après en avoir analysé le contenu, a qualifié de « marché public de travaux », soumis à la législation de l'Union en la matière.

28. Parmi les éléments ayant conduit à cette conclusion, il y a lieu de noter que le contrat avait pour objet principal « la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur [...] alors même qu'il comporte un engagement de donner en location l'ouvrage concerné » (14) et que le pouvoir adjudicateur avait « pris des mesures pour définir les

caractéristiques de l'ouvrage ou du moins pour exercer une influence déterminante sur sa conception » (15).

29. Dans cette affaire, la Cour a souligné que « l'objet principal dudit contrat résid[ait] dans cette réalisation, que présuppos[ait] [...] nécessairement la mise en location ultérieure de cet ouvrage », et que la réalisation de l'ouvrage projeté répondait « aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » (16). Elle en a déduit que la législation de l'Union en matière de marchés publics de travaux devait s'appliquer.

30. J'ajouterai que, selon ses propres termes, l'exclusion prévue à l'article 16, sous a), de la directive 2004/18 concerne les locations de « bâtiments existants ». Il semble donc douteux qu'elle puisse s'étendre aux locations de bâtiments non existants, c'est-à-dire non encore construits (17), bien que telle ait été l'interprétation retenue par la Cour dans l'arrêt *Impresa Pizzarotti*.

31. Afin que cette interprétation n'entraîne pas un élargissement démesuré de cette exclusion (18), il convient d'éviter que le pouvoir adjudicateur dissimule, sous l'apparence d'un contrat de location à long terme, la commande directe (sans publicité ni procédure réglementée d'attribution) de la construction d'un immeuble répondant à ses besoins et dans la conception et la réalisation duquel il joue un rôle important.

## **2. La preuve des faits et son appréciation**

32. La jurisprudence de la Cour relative à la répartition de la charge de la preuve dans le cadre d'un recours en manquement peut être résumée comme suit : de manière générale, « il incombe à la Commission d'établir l'existence du manquement allégué. C'est elle qui doit apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification de l'existence de ce manquement, sans pouvoir se fonder sur une présomption quelconque » (19) ; « [l]es États membres sont cependant tenus, en vertu [du principe de coopération loyale], de faciliter à la Commission l'accomplissement de sa mission [...]. En particulier, il convient de tenir compte du fait que, s'agissant de vérifier l'application correcte en pratique des dispositions nationales destinées à assurer la mise en œuvre effective d'une directive, la Commission, qui ne dispose pas de pouvoirs propres d'investigation en la matière, est largement tributaire des éléments fournis par d'éventuels plaignants ainsi que par l'État membre concerné » (20) ; « [i]l s'ensuit notamment que, lorsque la Commission a fourni suffisamment d'éléments faisant apparaître certains faits situés sur le territoire de l'État membre défendeur, il incombe à celui-ci de contester de manière substantielle et détaillée les données ainsi présentées et les conséquences qui en découlent » (21).

C. Les éléments de fait et la qualification du contrat

### **1. Les arguments de la Commission**

#### **DES SPÉCIFICATIONS FIXÉES PAR LE POUVOIR ADJUDICATEUR**

33. Le contrat du 25 mai 2012 conclu par Wiener Wohnen ne correspondrait pas à une location d'immeuble « normale », car cette entité publique aurait contrôlé l'exécution des travaux de la même manière que l'aurait fait un maître d'ouvrage.

34. Le contrat s'appuie sur deux annexes (22) qui contiennent des spécifications, fixées entre les parties, qui iraient bien au-delà de ce qui est habituellement convenu dans un contrat de location (23).

35. En 2012, Wiener Wohnen a chargé un prestataire de services (24) d'analyser le marché des immeubles de bureaux à Vienne. Selon cette analyse, parmi dix sites potentiellement appropriés, six remplissaient les critères et « Gate 2 » était le plus adéquat. Cette analyse reconnaît que Wiener Wohnen avait la possibilité d'influencer la planification du projet.

36. La République d'Autriche a admis que la construction du bâtiment « Gate 2 » aurait été incertaine si Wiener Wohnen n'avait pas conclu le contrat en question.

37. C'est Wiener Wohnen, comme s'il s'agissait du maître d'ouvrage, qui a chargé SET Bauprojektierung GmbH, spécialisée dans l'élaboration de projets de construction, de contrôler la réalisation des travaux.

38. Dans son mémoire en réplique, la Commission fait valoir que :

— la construction de l'immeuble était l'objet principal du contrat, en tant que condition nécessaire à la location. Le poids de l'obligation de construction est mis en évidence, notamment, par la lourde pénalité infligée en cas de retard de livraison (30 000 € par jour sans limitation dans le temps) ;

— l'immeuble a été construit conformément aux spécifications formulées par Wiener Wohnen. Avant la conclusion du contrat, le bâtiment n'avait pas encore été entièrement planifié ni autorisé sous sa forme définitive. Il a connu des aménagements importants en réponse, précisément, aux exigences de Wiener Wohnen ;

— il ne s'agissait pas d'un « immeuble standard », semblable à tout autre immeuble de bureaux. Bien que certaines spécifications indiquées dans le complément (25) puissent être qualifiées de spécifications « standards », c'est Wiener Wohnen qui a choisi, dans une large mesure, les solutions techniques et a ainsi déterminé la conception définitive du bâtiment. Même si plusieurs de ces spécifications renvoient aux normes ÖNORM (26), ces dernières ne sont que des recommandations, qui ne deviennent contraignantes que si le contrat le stipule ;

— les spécifications figurant dans le complément, du fait de leur nombre et de leur niveau de détail, vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire (27) ;

— dans ces circonstances, il n'est pas étonnant qu'un article de presse intitulé *Eine Zentrale nach Maß* (« Un siège sur mesure ») ait fait état d'un éventuel contournement, par Wiener Wohnen, des règles de passation des marchés publics lors de la construction du bâtiment « Gate 2 » (28) ;

— la construction du pont reliant les ailes A et B du bâtiment, qui était prévue en tant qu'option dans le descriptif, est devenue une exigence ferme dans le complément. La décision de Wiener Wohnen, trois jours avant la signature du contrat, a été déterminante pour sa réalisation ;

— l'affirmation de la République d'Autriche selon laquelle la construction des étages 6 à 8 de l'aile B aurait été réalisée en tout état de cause n'est pas compatible avec le point 1.9 du contrat. La construction du pont et de ces étages dépendait exclusivement de Wiener Wohnen ;

— la cession d'espaces de bureaux à Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH n'est guère surprenante, car Wiener Wohnen pouvait sous-louer l'objet de la location à des services de la ville de Vienne ou à des personnes morales dans lesquelles celle-ci détient des participations majoritaires ;

— la longue durée du contrat est un indice de ce que le maître d'ouvrage cherche à s'assurer la récupération des investissements consentis pour la construction de l'immeuble.

### **2. Les arguments de la République d'Autriche**

39. La République d'Autriche, expliquant le contexte préalable à la conclusion du contrat, indique que Wiener Wohnen est le plus

grand gestionnaire de logements municipaux d'Europe et que, à ce titre, elle assume des responsabilités à l'égard de plus de 500 000 personnes dans environ 200 000 logements municipaux.

40. Dans le cadre d'une réorientation stratégique de l'entreprise, il a été décidé de concentrer sur un seul site l'intégralité de ses locaux jusqu'alors répartis sur le territoire communal de Vienne. Le nouveau siège devait être disponible au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle organisation (à la fin de l'année 2014) et accueillir au moins 750 collaborateurs, voire, si l'extension prévue était construite, jusqu'à 1 000 collaborateurs.

41. Devant l'impossibilité d'acheter ou de construire un immeuble répondant à ses besoins (29), la seule solution qui s'offrait à Wiener Wohnen était de louer un immeuble de bureaux standard soit existant, soit déjà planifié.

42. Au début de l'année 2012, afin d'avoir une vision générale des immeubles de bureaux disponibles sur le marché viennois et répondant à ses exigences, Wiener Wohnen a chargé Immovent d'une analyse globale de ce marché.

43. Les critères de sélection comprenaient des exigences minimales : une surface utile supérieure à 20 000 m<sup>2</sup> ; la possibilité d'utiliser le rez-de-chaussée pour le service clients ; un nombre suffisant de places de parking (au moins 300), et une livraison des bureaux au plus tard à la fin du troisième trimestre de l'année 2014.

44. L'analyse d'Immovent a permis d'identifier dix immeubles de bureaux, dont certains étaient déjà réalisés ou en voie de construction, alors que d'autres étaient projetés, mais pas encore construits. Sur ces dix immeubles, six satisfaisaient aux exigences de Wiener Wohnen, « Gate 2 » étant le plus adapté.

45. Au moment de l'élaboration de cette analyse, la planification de l'immeuble « Gate 2 » était déjà achevée. Ses plans étaient disponibles, mais le projet n'avait pas encore été réalisé.

#### L'INTERVENTION DU POUVOIR ADJUDICATEUR AU STADE DE LA FINALISATION DU PROJET

46. Hormis certaines demandes en matière de surface et de nombre de places de parking, les négociations relatives au contrat de location portaient principalement sur le montant du loyer et des frais de fonctionnement.

47. Les seuls aspects des travaux sur lesquels Wiener Wohnen pouvait intervenir étaient ceux relatifs à la subdivision des locaux et à l'occupation des bureaux, ainsi que ceux relatifs aux équipements de base des surfaces louées. Cette intervention était limitée par la structure du bâtiment et portait sur des détails mineurs concernant l'équipement.

48. Le descriptif et le complément ont uniquement énoncé les exigences auxquelles tous les immeubles de bureaux modernes doivent se conformer en vertu de règles impératives.

49. Selon la doctrine et la jurisprudence dominantes en Autriche au moment de la conclusion du contrat, la location d'immeubles de bureaux non encore achevés, mais déjà entièrement planifiés relevait de l'exclusion prévue à l'article 10, point 8, de la BVergG 2006 [qui correspond à l'article 16, sous a), de la directive 2004/18].

50. D'après cette doctrine, l'ampleur de l'influence effective sur la conception de la construction est déterminante pour établir s'il s'agit d'un contrat de location ou d'un marché public de travaux.

Dans ce contexte, l'existence de projets achevés et d'un permis de construire délivré avant l'engagement des négociations sur le loyer joue un rôle significatif.

51. Le bâtiment « Gate 2 » a été planifié en tant qu'immeuble de bureaux général, sans viser des groupes déterminés de locataires ni des besoins spécifiques.

52. Wiener Wohnen n'était pas la seule locataire de l'immeuble de bureaux (30). En outre, jusqu'à une date récente, des surfaces étaient sous-louées à Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH.

53. En ce qui concerne la durée du contrat, sa résiliation ordinaire ne peut intervenir, de manière générale, avant le 1er octobre 2040 ni, pour les surfaces optionnelles de l'aile B, avant le 1er avril 2041. Une résiliation unilatérale par Wiener Wohnen serait donc impossible – en dehors des motifs de résiliation extraordinaire – sans l'accord du bailleur.

54. S'agissant du contrôle de l'exécution des travaux, SET Bauprojektierung GmbH a été chargée d'assurer le respect des délais prévus pour la mise à disposition de l'immeuble en détectant suffisamment à l'avance les éventuels retards ou défauts. Ainsi, Wiener Wohnen pouvait prendre des mesures appropriées telles que, par exemple, la prolongation de certains contrats de location dans les immeubles encore occupés.

55. Ce contrôle s'appliquait uniquement aux espaces relevant du contrat de location, à l'exclusion des autres zones de l'immeuble telles que, par exemple, les centrales techniques de chauffage, les installations relatives aux ascenseurs, à la domotique ou aux parties communes ou extérieures.

56. La République d'Autriche défend également son point de vue en invoquant ces autres arguments, dont certains figurent dans son mémoire en duplique :

— l'analyse d'Immovent n'indique pas que les exigences de Wiener Wohnen allaient au-delà des souhaits habituels d'un locataire. Il est normal qu'un locataire qui a l'intention de s'engager sur une longue période à utiliser un grand immeuble de bureaux veuille, avant de se décider, savoir clairement dans quelle mesure le bailleur admet les éventuelles adaptations jugées nécessaires par le locataire ;

— le descriptif a été établi par le bailleur et le complément ne prévoit aucune exigence allant au-delà de ce qui est habituellement prévu pour un immeuble de bureaux. Ce dernier document contient un résumé des exigences réglementaires conformes à l'état de la technique, applicables à l'intégralité des immeubles de bureaux et dont l'application ne se limite pas à la ville de Vienne (31) ; ces exigences auraient dû être respectées en tout état de cause ;

— s'agissant du permis de construire, Wiener Wohnen, en tant que locataire, n'a pas été impliquée dans la procédure de demande d'un tel permis et n'a pas eu la possibilité de prendre connaissance du dossier de permis de construire ou de produire des documents issus de cette procédure ;

— le fait que Wiener Wohnen n'était pas la seule locataire de l'immeuble était connu depuis le début. La circonstance que d'autres personnes y ont loué des espaces et continuent de les utiliser montre que les surfaces de bureaux correspondent à des modèles standards qui peuvent être loués directement par des tiers aux conditions habituelles du marché et non pas seulement, comme le soutient la Commission, en tant que sous-locataires de Wiener Wohnen ;

— la durée du contrat (25 ans) est conforme à la réalité du marché immobilier. C'est uniquement dans ces conditions que les

bailleurs sont prêts à louer d'importantes surfaces à des prix abordables ;

— pour Wiener Wohnen, le fait de renoncer à la possibilité de résiliation du contrat était un problème mineur, car un nouveau déménagement avec 1 000 collaborateurs était injustifiable, eu égard à son coût et à l'absence de sites alternatifs convenables ;

— il est simpliste de supposer, comme le fait la Commission, qu'une durée contractuelle de 20 ans suffirait à amortir les frais de construction, car c'est ignorer que le bailleur est également responsable de l'ensemble des travaux d'entretien et de réparation, doit supporter les coûts de financement et couvrir les frais de gestion, etc. ;

— la Commission semble ignorer que, en règle générale, au contrôle des travaux exercé par le maître d'ouvrage s'ajoute celui qui est effectué par le locataire lorsqu'il existe un plan de déménagement complexe.

### 3. Mon appréciation

57. En appliquant à la présente affaire la jurisprudence de la Cour (en particulier celle issue de l'arrêt *Impresa Pizzarotti*), il y a lieu de déterminer, grâce à une analyse des arguments et des éléments de preuve fournis, si, outre la location d'un immeuble non encore construit, il existait un marché public de travaux qui constituait, en réalité, l'objet principal du contrat.

58. Pour retenir cette qualification, il conviendra de vérifier si, dans le cadre du projet de construction définitivement approuvé et lors de la réalisation ultérieure du bâtiment, Wiener Wohnen a exercé une « influence déterminante » et si l'immeuble a été construit en réponse « aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur » (32).

#### UNE INFLUENCE DÉTERMINANTE DU POUVOIR ADJUDICATEUR SUR LE PROJET DE CONSTRUCTION ?

##### a) L'influence déterminante de Wiener Wohnen sur le projet final et sur la réalisation ultérieure des travaux de construction

59. Au moment de la conclusion du contrat (le 25 mai 2012), l'entreprise propriétaire du terrain n'avait entamé aucun travail de construction. En outre, elle ne disposait pas de permis pour construire l'immeuble (33).

60. En réponse à l'affirmation selon laquelle l'immeuble a été conçu à la suite de la conclusion du contrat, la République d'Autriche fait valoir que Wiener Wohnen n'a pas influencé cette conception et que le bâtiment était déjà planifié lorsque le contrat a été signé.

61. Si tel était le cas, la logique aurait voulu que la République d'Autriche fournisse le projet architectural initial (de même que, le cas échéant, le permis de construire), où auraient figuré les spécifications et la date d'approbation de ce projet. Une telle preuve, à laquelle la partie défenderesse avait facilement accès, aurait permis d'établir que le projet complet existait au 25 mai 2012 et de vérifier que le bâtiment correspondait à celui-ci.

62. En l'absence de cette preuve, les éléments d'appréciation objectifs que j'exposerai ci-après, tirés du dossier, me portent à croire que ce projet n'était pas achevé et que la volonté de Wiener Wohnen a été décisive pour sa configuration finale et la construction du bâtiment.

63. Quand bien même admettrait-on que le propriétaire du terrain disposait, en mai 2012, d'un projet architectural initial, il n'en demeure pas moins que celui-ci a subi des modifications très

importantes que Wiener Wohnen a exigées pour signer le contrat ou imposées ultérieurement et qu'elles ont été prises en compte dans la construction du bâtiment.

64. L'examen conjoint du descriptif et du complément (34) (annexe 1.3 du contrat) montre que Wiener Wohnen a non seulement imposé des contraintes déterminantes en matière de conception du bâtiment, mais qu'elle avait le pouvoir de décider (et a, de fait, décidé) de la structure finale de celui-ci.

65. Ainsi, le point 1.9 du contrat prévoyait une option permettant à Wiener Wohnen de décider la construction des étages 6 à 8 de l'aile B du bâtiment. Il a été fait usage de cette option le 25 octobre 2012 (35).

66. Il en allait de même du pont rejoignant les deux ailes du bâtiment. Wiener Wohnen pouvait choisir de relier les ailes A et B par un pont, de manière à ce que l'immeuble présente la structure d'un système fermé.

67. Ces deux adjonctions constituent assurément un ajout architectural important qui modifie la structure de l'immeuble et qui, conformément aux stipulations du contrat (36), n'aurait pas été construites si Wiener Wohnen n'en avait pas décidé ainsi. La volonté de cette entité publique a donc été déterminante dans la construction du bâtiment sous la forme et avec les caractéristiques qu'elle souhaitait.

68. En outre, la comparaison des documents graphiques (photographies de maquettes et de plans) du projet, tels qu'ils figurent dans le descriptif, avec ce qui a été réellement construit montre, au premier regard, d'importantes différences. Dans ce document, les ailes A et B du bâtiment étaient de même hauteur et il n'y avait pas de pont de liaison : c'était Wiener Wohnen qui pouvait, à sa discrétion, modifier ces spécifications structurelles de l'immeuble.

69. Ainsi, Wiener Wohnen avait la capacité d'influencer (et a effectivement influencé) de manière décisive le projet de travaux initial, en imposant les changements architecturaux auxquels elle tenait.

70. La lecture de l'étude de marché commandée par Wiener Wohnen (37), à la suite de laquelle le terrain pour édifier le bâtiment « Gate 2 » a été choisi, permet de tirer la même conclusion.

71. Il est vrai que ce document (produit, je le répète, par la République d'Autriche) ne revêt pas un caractère officiel, mais il reflète les termes dans lesquels l'entreprise à laquelle Wiener Wohnen s'était adressée pour sélectionner le site a compris la position de sa cliente, et ce, en toute logique, sur la base des instructions ou des informations que cette dernière lui avait transmises.

72. Le « Management Summary » de ce document contient les affirmations suivantes : « [la] locataire [Wiener Wohnen] a encore la possibilité d'influer sur la planification du projet en fonction d'exigences spécifiques » ; « [e]st évaluée à travers ce critère [A10] la possibilité d'influer encore sur le fond de la planification du projet. Il ne s'agit pas seulement de prendre en compte les souhaits [de la] locataire pour l'aménagement intérieur, mais aussi les prémisses de planification de base pour les ouvertures extérieures et intérieures, la structure du bâtiment (trame des axes, longueur des ailes du bâtiment, etc.), la structure des pièces au rez-de-chaussée ou le système de fourniture et d'évacuation ainsi que le concept technique du bâtiment » (point 5.2.10) ; « [l']aménagement architectural de la façade n'est pas encore

définitivement fixé pour ce projet [...] L'ensemble des corps de bâtiment [...] prévoit deux parties simples (ailes A + B), qui peuvent être reliées par la construction d'un pont » ; « [l]es exigences [de la] locataire quant aux accès principaux, à la structure du bâtiment et à la conception peuvent encore très bien être intégrées et prises en considération sur la base du stade de la planification du projet ».

73. Ces éléments d'appréciation confirment que la position contractuelle de Wiener Wohnen est conforme non pas à la position classique d'un simple locataire, mais à celle d'un véritable maître d'ouvrage, qui impose ses propres solutions en ce qui concerne le projet de construction et son exécution.

74. Dans le complément rédigé par Wiener Wohnen, cette entité définit des spécifications de l'ouvrage si détaillées, et dans certains cas si importantes, qu'elles vont au-delà de ce qui est normalement convenu entre un bailleur et un locataire. Contrairement à ce que soutient la République d'Autriche, ces spécifications ne se limitent pas à celles qui sont strictement obligatoires en vertu des règles d'urbanisme.

75. Il est vrai que, comme l'affirme la République d'Autriche, dans le cas d'un projet de développement immobilier de grande envergure non encore construit, le (futur) locataire peut négocier avec le bailleur certaines adaptations du bâtiment qui lui conviennent. Néanmoins, en l'espèce, les contraintes exigées étaient d'une telle ampleur et le rôle de Wiener Wohnen était si important qu'ils dépassaient les limites habituelles de la relation entre un bailleur et son locataire.

76. Le fait que Wiener Wohnen ait désigné ses propres techniciens pour contrôler l'exécution du projet, parallèlement au propriétaire, renforce la conviction que cette entité agissait en tant que maître d'ouvrage. Il ne s'agit pas là non plus d'un rôle qui incombe d'ordinaire au locataire d'un immeuble non encore construit, car il n'est pas habituel que ce dernier assume le contrôle d'un ouvrage dont il n'est pas propriétaire.

77. La République d'Autriche propose à cet égard une explication qui n'empêche pas ma conviction. Elle affirme que ce contrôle visait à garantir le respect des délais de livraison du bâtiment. C'est à cette fin, ajoute-t-elle, qu'elle a chargé une société extérieure (SET Bauprojektierung GmbH) de détecter d'éventuels retards suffisamment tôt pour que Wiener Wohnen puisse réagir.

78. La République d'Autriche fait valoir dans son mémoire en défense que SET Bauprojektierung GmbH était effectivement chargée de veiller au respect des délais, mais également de contrôler par sondages la qualité d'exécution des équipements. Ce contrôle consistait à surveiller la qualité et la quantité prévues dans le descriptif du bâtiment et à fournir régulièrement des rapports à Wiener Wohnen (38).

79. Ces fonctions vont au-delà d'une simple évaluation du respect du calendrier des travaux. De plus, l'argumentation même de la République d'Autriche, qui insiste sur l'importance des délais de livraison, souligne que la pénalité de retard s'élevait à 30 000 € par jour : il s'agissait donc d'une indemnisation suffisamment élevée pour compenser des solutions transitoires, au cas où le bailleur n'aurait pas livré l'immeuble à temps.

UN BÂTIMENT RÉPONDANT AUX BESOINS DU POUVOIR ADJUDICATEUR

**b) La construction du bâtiment en réponse « aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur »**

80. La Commission a soutenu que, sans la signature du contrat, le bâtiment n'aurait pas été construit. La République d'Autriche reconnaît, pour sa part, que la conclusion du contrat a été déterminante pour la construction de l'immeuble : « la location de l'immeuble de bureaux déjà planifié et prêt à être réalisé [a constitué], en définitive, le déclencheur pour la construction » (39).

81. Cette reconnaissance est un indice de ce que les besoins immobiliers du pouvoir adjudicateur ont, de fait, primé lors de l'exécution des travaux. Ce constat ne serait peut-être pas à lui seul suffisant pour confirmer le manquement reproché à la République d'Autriche, mais s'y ajoute le fait que les caractéristiques, structurelles ou autres, du bâtiment ont été précisément adaptées à ces mêmes besoins, comme je l'ai déjà mis en évidence.

82. La Commission produit, à l'annexe C5 du mémoire en réplique, un document émanant d'une entreprise (le groupe iC) à laquelle le nouvel acquéreur de l'immeuble (WestInvest Gesellschaft für Investmentfonds mbH) avait commandé un rapport. Ce document indique que « la planification et la construction de l'immeuble de bureaux Gate 2, sis Guglgasse 2-4, 1030 Vienne, répondent entièrement aux besoins du seul locataire, Wiener Wohnen » (40).

83. La République d'Autriche se borne, dans le mémoire en duplique, à remettre en cause la valeur juridique de ce document et à souligner que le groupe iC n'avait pas de relation contractuelle avec Wiener Wohnen. Cette réponse est insuffisante, car ce document montre que l'intervention du groupe iC a couvert la période allant du 15 janvier 2013 au 31 mars 2015, coïncidant donc avec le contrôle des travaux assuré par Wiener Wohnen.

84. Si le groupe iC effectuait ces mêmes tâches, il connaissait de manière approfondie le projet dont il devait surveiller l'exécution et était en mesure de formuler un avis éclairé sur ce point.

85. Cela étant, il convient d'ajouter qu'une entité publique telle que Wiener Wohnen peut, et doit même (pour servir l'intérêt général qui justifie son existence), disposer de bâtiments adaptés à ses besoins. Il n'y a rien d'anormal à cela et il est logique, par exemple, que, en fonction de ces besoins, tels qu'ils sont exprimés dans les clauses d'un document de marché, elle opte pour l'un quelconque des immeubles qui s'offrent à son choix.

86. Le reproche que l'on peut lui adresser (et c'est, en définitive, celui que la Commission formule) tient à ce que, dans ce choix, Wiener Wohnen se soustrait à la procédure publique d'appel d'offres, qui lui permet, avec toutes les garanties et au vu des offres présentées, de les comparer et d'opter pour la plus favorable aux intérêts publics. Telle est précisément la finalité de la directive 2004/18.

D'AUTRES ÉLÉMENTS D'APPRÉCIATION ?

c) Autres éléments en présence

1) La durée du contrat

87. Selon la Commission, la longue durée du contrat (dont la résiliation ordinaire ne peut intervenir avant 2040) (41) serait un indice supplémentaire qu'il y a plus qu'une location. La somme des loyers accumulés pendant une certaine période pourrait être considérée comme le paiement différé des travaux de construction eux-mêmes.

88. Cet argument aurait toutefois nécessité une étude économique plus approfondie tenant compte de la période d'amortissement du projet ainsi que des coûts d'entretien du bâtiment exposés par le propriétaire pendant la période contractuelle minimale. En l'absence de telles données, cet argument ne saurait prospérer.

## 2) L'utilisation du bâtiment

89. Le fait que le bâtiment « Gate 2 » était destiné à répondre aux besoins de Wiener Wohnen explique que cette entité publique l'ait occupé dans sa quasi-totalité, ce qui est cohérent au regard de son intervention dans la planification et la construction de l'immeuble.

90. La République d'Autriche ajoute, afin de prouver que Wiener Wohnen n'était pas l'occupante exclusive de l'immeuble, qu'il y avait également d'autres locataires dans certains bureaux du bâtiment.

91. Toutefois, cet argument n'est pas convaincant, car il est établi que Wiener Wohnen, expressément habilitée par une clause du contrat, pouvait céder l'usage de ses bureaux à des services de la ville de Vienne ou à des personnes morales dans lesquelles celle-ci détenait des participations majoritaires (42). La seule chose que cet argument démontre est que le bâtiment, dans son ensemble, était destiné à répondre aux besoins publics de la ville de Vienne, y compris ceux de ses organismes ou administrations.

92. Cette utilisation exclusive n'est pas remise en cause par la présence dans l'immeuble d'un petit local (158,45 m<sup>2</sup>) loué en tant que centre d'information à un syndicat d'employés municipaux, ou d'autres espaces (2 590,15 m<sup>2</sup>) sous-loués à Wiener Wohnen Haus & Außenbetreuung GmbH (43). La surface sous-louée à ces entités, qui sont liées à la locataire principale, ne représente que 9,1 % de la surface totale de l'immeuble.

## 3) Le permis de construire

93. Les deux parties ont débattu de ce que la République d'Autriche a appelé, dans son mémoire en défense, l'« autorisation de base » (de construire) (44).

94. En réponse à la Commission qui avait insisté sur le fait que, au moment de la conclusion du contrat (45), le permis de construire n'avait pas été délivré, la République d'Autriche n'a opposé aucun argument solide, choisissant de présenter des allégations relativement vagues, qui ne clarifient pas cet élément de fait.

95. Dans son mémoire en réplique, la Commission s'est interrogée sur la raison pour laquelle la République d'Autriche n'avait pas produit le permis de construire, ce à quoi cet État membre a répondu, dans son mémoire en duplique, que Wiener Wohnen, en tant que locataire, n'avait pas été incluse dans la procédure de demande de permis de construire et n'avait pas la possibilité de prendre connaissance du dossier de permis de construire ou de produire des documents issus de cette procédure.

96. La réponse de la République d'Autriche, là encore, n'était guère satisfaisante. S'il était déjà difficile d'admettre que les services de l'urbanisme de la ville de Vienne (dont dépend, en définitive, Wiener Wohnen) refusent à cette dernière l'accès au dossier de permis de construire, même a posteriori, il est encore moins crédible que, confrontée à un recours en manquement devant la Cour, la République d'Autriche se trouve dans l'impossibilité d'obtenir (et de produire) ces documents.

97. C'est pourquoi la Cour a adressé, d'office, une question à la République d'Autriche afin que celle-ci clarifie ces points. Comme je l'ai déjà indiqué (46), sa réponse démontre que, au moment de la signature du contrat, le permis de construire n'avait même pas été demandé.

## 4) Les « actes propres » du gouvernement autrichien

98. La réaction de la République d'Autriche à la lettre de mise en demeure de la Commission a été de reconnaître le manquement allégué. Cette réaction était prévisible au vu des informations que cette lettre contenait.

99. Ce même aveu a été maintenu dans des écritures ultérieures de la République d'Autriche (47). Il lui était certes loisible de revenir par la suite sur sa position antérieure, au motif qu'elle l'aurait jugée erronée. Toutefois, ce revirement aurait exigé, pour être crédible, une justification plus solide que celle exposée dans les mémoires en défense et en duplique.

100. L'argument selon lequel la reconnaissance initiale du manquement visait à permettre le dialogue avec la Commission n'est guère convaincant. Les phases pré-contentieuses de la procédure en manquement permettent de parvenir à une solution consensuelle, qui ne dépend pas nécessairement d'un aveu de culpabilité initial.

101. En vertu du principe de coopération loyale, les États membres sont tenus d'assister la Commission dans l'accomplissement de sa mission. Un comportement consistant à admettre sans équivoque, à plusieurs reprises, l'infraction alléguée puis à changer d'attitude sans fournir d'explications suffisantes n'est pas conforme à ce principe.

## d) Récapitulation

102. Au vu de l'examen conjoint des allégations des parties et des éléments de preuve fournis, je suis convaincu que le contrat signé le 25 mai 2012 entre Vectigal Immobilien GmbH & Co KG et Wiener Wohnen avait pour objet principal la construction de l'immeuble « Gate 2 », dans la conception et la réalisation duquel l'entité publique a joué un rôle décisif afin de l'adapter à ses besoins.

103. Dans ce contexte, eu égard à la jurisprudence de la Cour interprétant l'article 16, sous a), de la directive 2004/18, l'action de Wiener Wohnen aurait dû être soumise, conformément aux articles 2, 28 et à l'article 35, paragraphe 2, de cette directive, à la procédure de passation des marchés publics de travaux.

## V. CONCLUSION

104. Pour les raisons qui précèdent, je propose à la Cour de faire droit au recours introduit par la Commission européenne et de :  
— constater que la République d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2, 28 et de l'article 35, paragraphe 2, 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, en ce que Stadt Wien-Wiener Wohnen a attribué directement le marché du 25 mai 2012 relatif à l'immeuble de bureaux sis Guglgasse 2-4, à Vienne, sans réaliser de procédure de mise en concurrence et sans communiquer l'avis afférent ;  
— condamner la République d'Autriche aux dépens.

**Référence 4 : CJUE 22 avril 2021, Commission européenne c/ République d’Autriche, aff. C-537/19**

1. Par sa requête, la Commission européenne demande à la Cour de constater que, en ce que Stadt Wien-Wiener Wohnen (ci-après « Wiener Wohnen ») a attribué directement le marché du 25 mai 2012 relatif à l’immeuble de bureaux sis Guglgasse 2-4, à Vienne (Autriche), sans réaliser une procédure de mise en concurrence et sans communiquer l’avis y afférent, la République d’Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2 et 28 ainsi que de l’article 35, paragraphe 2, 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 2004, L. 134, p. 114).

**Argumentation des parties**

21. La Commission soutient que la conclusion, par Wiener Wohnen, une entité publique rattachée à la ville de Vienne, avec une entreprise privée, d’un contrat de location de longue durée relatif à l’immeuble Gate 2, avant que celui-ci ne soit construit, constitue la passation directe d’un marché de travaux en vue de la construction et de la location d’un immeuble de bureaux, en raison du fait que Wiener Wohnen a exercé une influence sur la planification des travaux relative audit immeuble, qui allait bien au-delà des exigences habituelles du locataire d’un nouvel immeuble.

22. La Commission rappelle, en se référant à l’arrêt du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti* (C-213/13, EU:C:2014:2067, points 40 à 42), que la question de savoir si une opération constitue un marché public de travaux relève du droit de l’Union et que, si un ouvrage est proposé à la location avant que ne soit entamée sa réalisation, son objet principal résiderait dans cette réalisation. Elle souligne à cet égard que, à la date de la conclusion du contrat de location en cause, l’immeuble Gate 2 ne faisait pas l’objet d’un permis de construire exécutoire.

23. La Commission ajoute, en se référant au point 43 du même arrêt de la Cour, que ce contrat ne relève pas de l’exclusion prévue à l’article 16, sous a), de la directive 2004/18. En effet, cette exclusion ne s’appliquerait pas si la réalisation d’un ouvrage projeté répond aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Il ressortirait du point 58 de l’arrêt du 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne* (C-536/07, EU:C:2009:664), que cela serait notamment le cas lorsque les spécifications fixées dans le contrat se rapportent à un descriptif précis du bâtiment à construire, de sa qualité et de son équipement et vont ainsi bien au-delà des exigences habituelles d’un locataire à l’égard d’un nouvel immeuble d’une certaine importance.

24. En ce qui concerne la structure de l’immeuble Gate 2, la Commission considère que deux interventions de Wiener Wohnen ont exercé une influence sur la conception de ce bâtiment. Il s’agit de la construction des ponts reliant les étages des ailes A et B de celui-ci et la construction des sixième à huitième étages de l’aile B.

25. En ce qui concerne d’autres interventions de Wiener Wohnen, la Commission fait valoir que, dans les documents intitulés « Descriptif du bâtiment et de ses équipements », du 16 mai 2012, et « Complément au descriptif du bâtiment et de ses équipements », du 22 mai 2012, tous deux annexés au contrat de location en cause, se trouvent de nombreux exemples montrant que les spécifications convenues entre les parties à ce contrat allaient bien au-delà de ce qui est habituellement convenu avec un locataire et que Wiener Wohnen a choisi dans une large mesure les solutions techniques retenues dans le cadre de la conception définitive de l’immeuble Gate 2. Même si certaines de ces spécifications renvoyaient aux

normes « ÖNORM », ces dernières ne seraient que des recommandations qui ne deviendraient contraignantes que si le contrat le prévoyait. Normalement, un locataire ne s’intéresserait qu’au bon fonctionnement des canalisations, mais pas au type de pose choisi ni à la question de savoir si « pour les installations encastrees, les tuyaux d’évacuation sont en PE ou en ABS ».

26. En particulier, il ressortirait de la page de couverture du second de ces documents que celui-ci a été rédigé par Wiener Wohnen et il serait indiqué, dans les mentions légales figurant à la page suivante, ce qui suit : « Complément [au descriptif du bâtiment et de ses équipements], fondé sur le cahier des charges des bâtiments administratifs établi par le service MA 34 ; il établit les besoins d’utilisation spécifiques du locataire, complète, détaille et, par dérogations ponctuelles, remplace [le descriptif du bâtiment et de ses équipements] du bailleur. » La Commission précise qu’il ressort du site Internet de la ville de Vienne qu’il s’agit d’un « ensemble de règles relatives à l’équipement des bâtiments administratifs de cette ville [et que c]es spécifications servent de base aux travaux de planification et aux appels d’offres ». Selon la Commission, il n’est pas surprenant, dans ces circonstances, qu’un article paru dans la presse autrichienne au cours de l’année 2016 et portant sur le contournement possible, par Wiener Wohnen, de la réglementation relative aux marchés publics à l’occasion de la construction de l’immeuble Gate 2, ait été intitulé « Eine Zentrale nach Maß » (« Un siège central sur mesure »).

27. La Commission soutient que Wiener Wohnen a contrôlé la réalisation de la construction de l’immeuble Gate 2 au même titre qu’un maître d’ouvrage. Cette entreprise aurait mandaté SET Bauprojektierung GmbH, société spécialisée dans l’élaboration de projets de construction, afin d’exercer un contrôle d’accompagnement du processus pour l’exécution spécifique du projet de construction. La Commission indique, dans ce contexte, qu’il a été convenu entre les parties que ce contrôle d’accompagnement s’étendrait également au respect des caractéristiques du bien, telles que définies dans le contrat de location en cause. Elle se réfère à cet égard à l’annexe A.1, première partie, de l’annexe 1.3 de ce contrat, qui stipule : « Fonction de contrôle : pour l’exécution du projet de construction, Wiener Wohnen met en oeuvre une fonction de contrôle d’accompagnement de la procédure en ce qui concerne l’exécution du projet de construction ainsi qu’un contrôle d’accompagnement par une société externe. »

28. La Commission fait en outre observer que, sans la conclusion dudit contrat, l’immeuble Gate 2 n’aurait pas été réalisé. En effet, après que le bailleur a acheté le terrain à la ville de Vienne, des articles de presse parus au cours de l’année 2002 ainsi qu’un communiqué de presse de la ville de Vienne publié pendant l’année 2005 auraient annoncé la construction de cet immeuble sur ce terrain. Or, au cours de l’année 2008, les médias auraient rapporté que le projet « [était] en sommeil depuis des années », l’offre de surfaces de bureaux de plus grandes tailles étant supérieure à la demande. La République d’Autriche aurait, par ailleurs, admis que la réalisation de l’immeuble Gate 2 serait restée incertaine si Wiener Wohnen n’avait pas conclu le contrat de location en cause.

29. La Commission insiste sur le fait que l’immeuble Gate 2 ne doit aucunement être qualifié d’immeuble standard, que Wiener Wohnen se proposait de louer en l’état, tel que projeté par le propriétaire. Elle rappelle que Wiener Wohnen a mandaté un prestataire de services, pendant l’année 2012, pour effectuer une analyse de site du marché viennois des surfaces de bureaux. Selon cette analyse, parmi dix biens susceptibles d’être loués, dont six satisfaisaient aux exigences minimales définies par Wiener Wohnen, l’immeuble Gate 2 était apparu comme étant le bien le plus adé-



quat. La Commission attire tout particulièrement l'attention sur le fait que, dans le « management summary » de cette analyse, il est affirmé, pour justifier le placement en première position de cet immeuble, que « [L]e locataire a encore la possibilité d'influer sur la planification du projet en fonction d'exigences spécifiques, et [que] le souhait de séparer les entrées de la zone de bureaux et du centre de services à la clientèle peut être satisfait de manière optimale ».

30. La Commission ajoute que l'immeuble Gate 2 est presque exclusivement utilisé par Wiener Wohnen. La présence de deux autres locataires, à savoir Wiener Wohnen Haus – & Außenbetreuung ainsi que le Gewerkschaft der Gemeindebediensteten – Kunst, Medien, Sport, freie Berufe (syndicat des employés communaux – art, médias, sport, professions libérales), ne saurait justifier l'application de l'article 16, sous a), de la directive 2004/18, eu égard au droit étendu dont disposait Wiener Wohnen de laisser l'objet de la location à des services de la ville de Vienne ou à des personnes morales dans lesquelles cette dernière dispose de participations majoritaires. Par ailleurs, il semblerait que la surface sous-louée au syndicat des employés communaux aux fins de servir de centre d'information soit très modeste.

31. La République d'Autriche fait observer que Wiener Wohnen est le plus grand gestionnaire de logements communaux d'Europe et, à ce titre, assume d'importantes responsabilités à l'égard de plus de 500 000 personnes logées dans environ 200 000 logements communaux. Dans le cadre d'une réorientation stratégique de cette entreprise, il a été décidé de concentrer sur un seul site l'intégralité des implantations auparavant réparties sur la totalité du territoire de la ville de Vienne. Selon cet État membre, le nouveau siège devait être disponible lors de l'entrée en vigueur de la nouvelle organisation, à la fin de l'année 2014 ou au début de l'année 2015, et il devait pouvoir accueillir au moins 750 collaborateurs, voire, après la réalisation d'une extension planifiée, 1 000 collaborateurs.

32. En l'absence de possibilité d'achat ou de construction d'un immeuble correspondant à ses besoins, la seule solution envisageable pour Wiener Wohnen aurait été la location d'un immeuble de bureaux existant ou dont la planification était déjà achevée. Par ailleurs, en tant qu'institution chargée de la construction de logements sociaux, Wiener Wohnen aurait été tenue d'investir en principe ses moyens financiers dans l'entretien et l'amélioration des immeubles d'habitation qu'elle gère. En outre, compte tenu de l'objectif de cette entreprise, les surfaces à louer auraient dû absolument être des surfaces de bureaux standard.

33. Afin de disposer d'une vue générale de tous les immeubles de bureaux adéquats et disponibles sur le marché immobilier et remplissant ses exigences, Wiener Wohnen aurait, au début de l'année 2012, chargé un expert en immobilier indépendant d'une analyse globale du marché et des sites viennois de bureaux. Selon la République d'Autriche, lors de l'élaboration de cette analyse, la planification de l'immeuble Gate 2 était déjà entièrement achevée, la totalité des plans étant disponible, mais le projet n'avait pas encore été réalisé. De ce fait, Wiener Wohnen n'aurait exercé aucune influence sur la conception architecturale ou la planification concrète des ailes A et B de cet immeuble. Outre les exigences en matière de surface et de places de parking, les négociations relatives au contrat de location en cause auraient surtout porté sur le montant du loyer et des frais de fonctionnement. L'un des éléments essentiels des négociations aurait été la remise, aux dates prévues, de ces deux ailes, afin de pouvoir organiser le déménagement d'environ 1 000 collaborateurs. Les seuls aspects de la construction sur lesquels Wiener Wohnen aurait pu intervenir concernaient la subdivision des locaux et l'occupation des bureaux ainsi que les équipements de base des surfaces louées.

34. En ce qui concerne les interventions structurelles alléguées par la Commission, la République d'Autriche fait valoir que les ponts faisaient partie du projet d'immeuble Gate 2 dès le départ. De plus, ils ne feraient pas partie des surfaces louées. Quant à l'option relative à la location des sixième à huitième étages de l'aile B, cet État membre affirme que ces étages devaient, en toute hypothèse, être construits.

35. Le document intitulé « Descriptif du bâtiment et de ses équipements », comme le « complément » à ce document, se serait limité à prévoir des exigences auxquelles doivent se conformer tous les immeubles de bureaux modernes. La Commission n'aurait identifié aucun élément figurant dans ces documents qui s'écarterait des conditions prévues par les dispositions légales ou par les directives et les normes techniques applicables ou qui ne serait pas d'usage dans le secteur d'activité en question.

36. Selon la République d'Autriche, le contrôle par la société externe SET Bauprojektierung aurait uniquement concerné les espaces faisant l'objet du contrat de location, à l'exclusion des autres espaces de l'immeuble Gate 2, tels que, notamment, les centrales techniques de chauffage, la domotique, les installations relatives aux ascenseurs ou les parties communes ou extérieures. La Commission ignorerait le fait qu'il est habituel, dans le cadre de projets de déménagement importants, qu'il y ait non seulement un contrôle d'accompagnement exercé par le maître d'ouvrage, mais également des vérifications effectuées par le locataire.

37. La République d'Autriche souligne aussi que Wiener Wohnen n'était pas le seul locataire de l'immeuble Gate 2. Dans ce contexte, il importerait peu de savoir si les surfaces louées à d'autres locataires étaient plus faibles que celles occupées par Wiener Wohnen. Le seul fait que des locataires autres que Wiener Wohnen ont loué des locaux dans cet immeuble démontrerait que les surfaces de bureaux en cause sont celles d'immeubles de bureaux standard, qui peuvent également être louées par des tiers, aux conditions habituelles du marché.

38. Le « management summary » ne prouverait pas davantage le point de vue de la Commission, étant donné qu'il n'était aucunement indiqué dans ce document que les exigences formulées par Wiener Wohnen allaient au-delà des souhaits habituels d'un locataire. Il serait tout à fait normal qu'un locataire, qui a l'intention de s'engager à utiliser contractuellement sur une longue période un immeuble de bureaux pour plus de 1 000 collaborateurs, souhaite, avant de prendre sa décision, savoir clairement dans quelle mesure le bailleur admet d'éventuelles adaptations qu'il considère nécessaires.

39. En particulier, selon la République d'Autriche, le document intitulé « Complément au descriptif du bâtiment et de ses équipements » est seulement « fondé » sur le « cahier des charges des bâtiments administratifs établi par le service MA 34 ». Ce cahier des charges serait déjà un résumé des exigences en matière légale et normative, conformes à l'état de la technique, applicables à l'intégralité des immeubles de bureaux et dont l'application ne se limiterait pas à la ville de Vienne. Les mesures décrites dans ledit « complément » auraient donc également dû être mises en oeuvre si le contrat de location avait été conclu non pas avec Wiener Wohnen, mais avec une entreprise privée. Lorsque la Commission fait valoir que les normes écologiques ne constituent que des « recommandations », elle méconnaîtrait la législation applicable. En effet, ces normes constitueraient, selon la jurisprudence constante de l'Oberster Gerichtshof (Cour suprême, Autriche), l'état de la technique par rapport auquel est déterminée la bonne exécution technique. Par conséquent, l'application de ces normes ne serait pas facultative.

40. Les critiques formulées par la Commission au sujet de la durée de la location prévue au contrat en cause, à savoir 25 ans, méconnaîtraient la réalité du marché de l'immobilier. Ce serait uniquement dans ces conditions que les bailleurs seraient prêts à louer d'importantes surfaces à des prix abordables. Pour Wiener Wohnen, le fait de renoncer à la possibilité de résilier ledit contrat ne poserait pas de difficultés, dès lors qu'un nouveau déménagement de 1 000 collaborateurs serait improbable, pour des raisons de coût et d'absence de sites alternatifs convenables.

#### Appréciation de la Cour

41. Le recours de la Commission a pour objet la qualification d'attribution directe, sans procédure de mise en concurrence ni avis de marché, d'un contrat portant sur l'immeuble Gate 2 situé à Vienne. La Commission fait valoir que Wiener Wohnen, en sa qualité de pouvoir adjudicateur, a conclu le 25 mai 2012, avec une entreprise privée, un contrat de location de longue durée portant sur cet immeuble, avant même que celui-ci ne soit construit. Wiener Wohnen aurait exercé sur la conception de l'immeuble une influence qui excéderait largement les exigences habituelles du locataire d'un tel immeuble. Ce contrat, qui ne saurait relever de l'exclusion prévue à l'article 16, sous a), de la directive 2004/18, devrait être qualifié de « marché de travaux », au sens de cette directive. La violation de la directive 2004/18 qui en résulterait persisterait tant que subsiste le contrat de location en cause, qui ne peut être résilié, de manière ordinaire, avant l'année 2040.

42. À titre liminaire, il convient de rappeler que la directive 2004/18, tout comme les autres directives en matière de marchés publics, a pour objectif, ainsi qu'il ressort en substance de son considérant 2, d'assurer le respect, lors de la passation des marchés publics, notamment, de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services ainsi que des principes qui en découlent, en particulier l'égalité de traitement, la non-discrimination, la proportionnalité et la transparence, et de garantir que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence (arrêts du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti e.a.*, C-399/98, EU:C:2001:401, points 52 et 75, ainsi que du 27 novembre 2019, *Tedeschi et Consorzio Stabile Istant Service*, C-402/18, EU:C:2019:1023, point 33).

43. À cet égard, il ressort de la jurisprudence, 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 » par les parties n'est pas déterminante à cet égard (arrêt du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, point 40 et jurisprudence citée).

44. En effet, dans le cadre d'un marché public de travaux, le pouvoir adjudicateur reçoit une prestation consistant dans la réalisation des travaux qu'il vise à obtenir et qui comporte un intérêt économique direct pour lui. Or, un tel intérêt économique peut être constaté non seulement lorsqu'il est prévu que le pouvoir adjudicateur deviendra propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché, mais également s'il est prévu qu'il disposera d'un titre juridique qui lui assurera la disponibilité de ces ouvrages, en vue de leur affectation publique (voir, en ce sens, arrêt du 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, EU:C:2010:168, points 48 à 51).

45. De même, n'est pas pertinent aux fins de la qualification du marché en cause le fait que le contrat principal ne prévoit pas, éventuellement, une option ou une obligation de rachat, dans le chef de la ville de Vienne ou de Wiener Wohnen, portant sur les bâtiments construits (voir, en ce sens, arrêt du 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne*, C-536/07, EU:C:2009:664, point 62).

46. 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 (arrêt du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, point 41 et jurisprudence citée).

47. En ce qui concerne l'objet de l'opération concernée, il convient de relever que le contrat en cause est dénommé « contrat de location » et qu'il contient effectivement des éléments relevant d'un contrat de location. Toutefois, force est de constater que, à la date de la conclusion de ce contrat, la réalisation de l'ouvrage concerné par ledit contrat n'avait pas encore été entamée. Par conséquent, ce contrat ne pouvait avoir comme objectif immédiat la location d'immeubles. L'objectif de ce contrat était la construction dudit ouvrage, qui devait, par la suite, être mis à la disposition de Wiener Wohnen au moyen d'un « contrat de location » (voir, en ce sens, arrêt du 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne*, C-536/07, EU:C:2009:664, point 56).

48. À cet égard, il y a lieu de faire observer que, ainsi que le considérant 24 de la directive 2004/18 l'énonce, l'article 16, sous a), de cette directive prévoit une exclusion du champ d'application matériel de celle-ci et que l'interprétation selon laquelle cette exclusion, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 30 de ses conclusions, peut s'étendre aux locations de bâtiments non existants, c'est-à-dire non encore construits, a été retenue par la jurisprudence de la Cour.

49. Toutefois, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, le pouvoir adjudicateur ne saurait se prévaloir de l'exclusion prévue à cette disposition lorsque la réalisation de l'ouvrage projeté constitue un « marché public de travaux », au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18, dès lors que cette réalisation répond aux besoins précisés par ce pouvoir adjudicateur (voir, par analogie, arrêts du 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne*, C-536/07, EU:C:2009:664, point 55, ainsi que du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, point 43 et jurisprudence citée).

50. 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 (arrêt du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, point 44 et jurisprudence citée).

51. Tel est, notamment, le cas lorsque les spécifications demandées par le pouvoir adjudicateur vont au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un immeuble tel que l'ouvrage concerné (voir, en ce sens, arrêt du 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne*, C-536/07, EU:C:2009:664, point 58).

52. Enfin, bien que le montant de la rémunération de l'entrepreneur ou les modalités de règlement de celle-ci ne soient pas les éléments déterminants aux fins de la qualification du contrat concerné, elles ne sont pas dénuées de pertinence (voir, en ce sens, arrêts du 29 octobre 2009, *Commission/Allemagne*, C-536/07, EU:C:2009:664, points 60 et 61, ainsi que du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, points 49 à 51).

53. En ce qui concerne le bâtiment envisagé, une influence déterminante sur sa conception peut être identifiée s'il peut être démontré que cette influence est exercée sur la structure architecturale de ce bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs. Les demandes concernant les aménagements

intérieurs ne peuvent être considérées comme démontrant une influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur.

54. C'est sur la base de la jurisprudence précitée qu'il convient d'apprécier le recours de la Commission.

55. À cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante relative à la charge de la preuve dans le cadre d'une procédure en manquement au titre de l'article 258 TFUE, il incombe à la Commission d'établir l'existence du manquement allégué. C'est elle qui doit apporter à la Cour les éléments nécessaires à la vérification par celle-ci de l'existence de ce manquement, sans pouvoir se fonder sur une présomption quelconque [arrêt du 14 janvier 2021, Commission/Italie (Contribution à l'achat de carburants), C-63/19, EU:C:2021:18, point 74 et jurisprudence citée].

56. Toutefois, les États membres sont tenus, conformément à l'article 4, paragraphe 3, TUE, de faciliter à la Commission l'accomplissement de sa mission, consistant notamment, selon l'article 17, paragraphe 1, TUE, à veiller à l'application des dispositions du traité FUE ainsi que des dispositions prises par les institutions de l'Union en vertu de celui-ci. À cet égard, il convient de tenir compte du fait que, s'agissant de vérifier l'application correcte en pratique des dispositions nationales destinées à assurer la mise en oeuvre effective d'une directive, la Commission, qui ne dispose pas de pouvoirs propres d'investigation en la matière, est largement tributaire des éléments fournis par d'éventuels plaignants ainsi que par l'État membre concerné [arrêt du 18 novembre 2020, Commission/Allemagne (Remboursement de TVA – Factures), C-371/19, non publié, EU:C:2020:936, points 66 et 67 ainsi que jurisprudence citée]. Il s'ensuit notamment que, lorsque la Commission a fourni suffisamment d'éléments faisant apparaître que les dispositions nationales transposant une directive ne sont pas correctement appliquées en pratique sur le territoire de l'État membre défendeur, il incombe à celui-ci de contester de manière substantielle et détaillée les éléments ainsi présentés et les conséquences qui en découlent [arrêt du 28 mars 2019, Commission/Irlande (Système de collecte et de traitement des eaux usées), C-427/17, non publié, EU:C:2019:269, point 39 et jurisprudence citée].

57. En l'espèce, il convient de relever que la Commission n'a pas fait valoir que Wiener Wohnen aurait cherché à exercer une influence sur les plans du propriétaire du terrain, à savoir Vectigal Immobilien, avant la réception, le 28 février 2012, de l'analyse des sites (Standortanalyse) qui avait été réalisée par l'expert immobilier qu'elle avait mandaté.

58. Ledit expert a identifié dix objets libres à la location et, après avoir constaté que six projets d'immeubles satisfaisaient aux exigences minimales de Wiener Wohnen, il est parvenu à la conclusion que le projet de réalisation de l'immeuble Gate 2 était le plus adéquat.

59. Ainsi qu'il ressort de l'analyse des sites du 28 février 2012 et du document intitulé « Étude de faisabilité » (« Bebauungsstudie ») du 23 janvier 2012, les caractéristiques de l'immeuble Gate 2 étaient déjà déterminées à ces dates.

60. Il convient de constater que la structure de l'immeuble Gate 2, décrite dans cette étude de faisabilité du 23 janvier 2012, et la structure figurant dans celle du 4 mai 2012 qui fait partie du contrat de location en cause sont en substance identiques, le document le plus récent contenant également des précisions supplémentaires, notamment en ce qui concerne l'utilisation de certaines surfaces, ces deux documents ayant été préparés par le même bureau d'architectes.

61. Dès lors, ces éléments sont de nature à accréditer la thèse selon laquelle, ainsi que la République d'Autriche le fait valoir, « au moment des négociations en vue de la conclusion du contrat de location, la planification de l'immeuble [Gate 2] était déjà totalement achevée [et que] Wiener Wohnen [...] n'avait dès le départ aucune influence sur la conception architecturale ou la planification concrète des ailes A et B de l'immeuble [Gate 2] ».

62. Toutefois, la Commission identifie deux circonstances desquelles il est possible, selon elle, de déduire que Wiener Wohnen a exercé une influence sur la conception même de la structure de cet immeuble.

63. La Commission vise la construction des sixième à huitième étages de l'aile B et les ponts reliant les ailes A et B dudit immeuble.

64. En ce qui concerne la construction desdits étages de cette aile B, il convient de relever que le contrat de location en cause a prévu une option non pas pour la construction, mais pour la location d'espaces supplémentaires.

65. En effet, l'article 1.9 du contrat de location mentionne que Wiener Wohnen disposait, en tant qu'option (« call-option »), du droit unilatéral de prendre en location, en plus des cinq premiers étages qui constituaient le bien loué initialement, les sixième à huitième étages de l'aile B de l'immeuble Gate 2. Il est également prévu à cette disposition que, si Wiener Wohnen n'exerce pas cette option ou ne l'exerce que partiellement, le bailleur est libre soit de ne pas construire les étages non souhaités, soit de les construire et de les louer à des tiers. À cet égard, il est également précisé à ladite disposition que, dans ce cas, les tiers disposent du droit d'utiliser certaines parties générales du bâtiment, telles que l'entrée ou les ascenseurs et que, en contrepartie, Wiener Wohnen devrait bénéficier d'une réduction de loyer.

66. Il convient de relever que cette construction était déjà prévue dans l'étude de faisabilité du 23 janvier 2012, qui contient un croquis de l'aile B de l'immeuble Gate 2 comprenant huit étages. L'analyse des sites du 28 février 2012 relative à cette aile B mentionne neuf niveaux (un rez-de-chaussée et huit étages) et, enfin, le contrat de location en cause contient également, dans l'étude de faisabilité du 4 mai 2012 qui lui est annexée, un croquis de cette aile B comprenant huit étages.

67. Par conséquent, il ressort des informations dont dispose la Cour que la conception des sixième à huitième étages de ladite aile B n'a pas été prévue afin de répondre à un besoin précisé par Wiener Wohnen.

68. Les mêmes circonstances peuvent être relevées en ce qui concerne les ponts reliant les ailes A et B de l'immeuble Gate 2.

69. L'étude de faisabilité du 23 janvier 2012 contient déjà la mention « Option Brücke » (« option pont ») entre ces ailes A et B. L'analyse des sites contient un membre de phrase aux termes duquel lesdites ailes A et B, « par la construction d'un pont, peuvent être reliées ». Dans le contrat de location en cause figure la même mention « Option Brücke » (« option pont ») entre les ailes A et B de l'immeuble Gate 2.

70. Par conséquent, la conception du pont reliant ces ailes A et B n'a pas non plus été prévue afin de répondre à un besoin précisé par Wiener Wohnen.

71. Dès lors, en l'espèce, le seul fait que Wiener Wohnen a utilisé les options offertes, c'est-à-dire qu'elle a fait usage des possibili-

tés déjà prévues, ne saurait suffire à démontrer que cette entité a exercé une influence déterminante sur la conception de l'ouvrage concerné.

72. En outre, la Commission évoque plusieurs autres éléments factuels dont il est possible, selon elle, de déduire que le contrat de location en cause doit être requalifié en marché de travaux. Elle fait valoir l'absence de permis de construire, un contrat de location de longue durée, le contrôle ordonné par Wiener Wohnen de l'exécution des travaux et la spécificité trop poussée de l'ouvrage.

73. Il convient d'examiner ces différents éléments.

74. S'agissant de l'absence de permis de construire lors de la conclusion du contrat de location, il convient de relever que, selon une pratique commerciale courante, les projets architecturaux de grande ampleur sont mis en location bien avant la finalisation des plans de construction détaillés, de telle sorte que le propriétaire du site ou le maître d'ouvrage n'entame la procédure formelle d'obtention d'un permis de construire que lorsqu'il dispose d'engagements de la part de locataires futurs pour une partie importante des surfaces du bâtiment projeté. Dans ces conditions, le fait que, comme en l'espèce, le permis de construire n'a été demandé et délivré qu'après la date de la conclusion du contrat de location en cause ne s'oppose pas à ce qu'il soit considéré que l'immeuble Gate 2 était, à cette date, déjà planifié et prêt à être réalisé. Conformément aux pratiques et aux habitudes du marché, un projet architectural complet n'est pas un préalable à l'engagement des locataires potentiels. Par ailleurs, l'exercice d'une influence déterminante sur la conception de l'ouvrage concerné ne saurait résulter de l'absence d'un tel projet architectural complet.

75. À cet égard, il y a lieu de faire observer que, même si le « management summary » de l'analyse de site du marché viennois des surfaces de bureaux indiquait que l'immeuble Gate 2 offrait au locataire la possibilité d'influer sur la planification du projet en fonction d'exigences spécifiques, la constatation de l'existence d'un « marché public de travaux », au sens de l'article 1er, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18, exige, à tout le moins, que la réalisation effective d'une telle possibilité soit établie.

76. En ce qui concerne la durée du contrat de location, il suffit de relever que, en tout état de cause, cet aspect ne saurait affecter le fait que, afin de considérer que la réalisation de l'ouvrage projeté constitue un « marché public de travaux », ce sont les conditions dégagées par la jurisprudence figurant aux points 49 à 51 du présent arrêt qui doivent être remplies. Il convient d'ajouter que le fait qu'un contrat de location est conclu pour une longue période, indépendamment des circonstances de l'espèce, n'est pas en soi inhabituelle.

77. De plus, peut être retenu, en l'occurrence, l'argument de la République d'Autriche selon lequel, d'une part, l'obligation de ne pas résilier le contrat de location pendant une longue période a une influence sur le montant du loyer et, d'autre part, Wiener Wohnen elle-même souhaitait éviter un nouveau déménagement qui serait coûteux et perturberait sérieusement son fonctionnement.

78. En ce qui concerne l'argument de la Commission selon lequel Wiener Wohnen a mandaté la société SET Bauprojektierung, spécialisée dans l'élaboration de projets de construction, aux fins d'exercer un contrôle d'accompagnement du processus pour l'exécution spécifique du projet de construction et que Wiener Wohnen a ainsi fait contrôler le suivi de la réalisation de l'ouvrage comme l'aurait fait un maître d'ouvrage, il convient de relever qu'il n'est aucunement inhabituel qu'un locataire prenne des mesures afin de s'assurer que l'emménagement dans les locaux

puisse avoir lieu à la date prévue, notamment lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'un emménagement de grande ampleur. En effet, le fait de recourir aux services d'un tiers spécialisé en la matière permet un suivi efficace des délais prévus pour la mise à disposition de l'immeuble, d'assurer un contrôle en vue de détecter suffisamment à l'avance d'éventuels retards ou défauts et de prendre les dispositions nécessaires, comme, par exemple, une prolongation de certains contrats de location dans certains immeubles encore occupés.

79. Par un tel contrôle d'accompagnement, Wiener Wohnen n'a pas non plus exercé une influence déterminante sur la conception de l'immeuble Gate 2.

80. S'agissant des spécifications que Wiener Wohnen a formulées, il ressort des éléments du dossier dont dispose la Cour que cet immeuble a été conçu comme un immeuble de bureaux classique, sans que soient visés des groupes déterminés de locataires ni des besoins spécifiques. Les ailes A et B dudit immeuble suivent un système de grille, habituel pour les immeubles de bureaux de la taille de celui-ci, garantissant que la disposition intérieure reste aussi flexible que possible et adaptée à de futurs locataires.

81. À cet égard, il est usuel qu'une entreprise, qu'elle soit privée ou publique, qui cherche à louer un immeuble de bureaux, fasse préciser certains souhaits quant aux caractéristiques que ce site devrait, dans la mesure du possible, réunir, qu'il s'agisse d'un bâtiment encore à construire ou d'un changement de locataire à l'occasion duquel des travaux de remise à niveau sont effectués. De telles démarches ne permettent pas de requalifier un contrat de location en marché de travaux.

82. Dans ces conditions, il convient de déterminer si les spécifications formulées par Wiener Wohnen visaient à satisfaire des demandes qui ont dépassé ce que le locataire d'un immeuble tel que l'immeuble Gate 2 peut habituellement exiger et conduisent à ce que Wiener Wohnen soit considérée comme ayant exercé une influence déterminante sur la conception de celui-ci.

83. Comme l'a fait observer la République d'Autriche, pour autant que Wiener Wohnen cherchait à assurer que les spécifications figurant dans des normes techniques applicables en vertu de dispositions légales soient respectées ou que les caractéristiques de l'immeuble soient conformes à « l'état de la technique » usuel sur le marché concerné, au regard duquel la bonne exécution technique de la construction est évaluée, ces exigences ne sauraient être considérées comme étant des mesures prises par Wiener Wohnen pour exercer une influence sur la conception de l'immeuble Gate 2 ou comme dépassant ce qu'un locataire peut habituellement exiger.

84. En particulier, dans la mesure où les demandes formulées par Wiener Wohnen portaient sur l'application de standards, quand bien même ceux-ci ne seraient pas contraignants, qui visaient à atteindre des objectifs tenant à l'amélioration de la performance énergétique du futur siège central de cette entité et, de manière plus générale, à réduire l'empreinte écologique de cet immeuble, ces demandes n'excédaient pas non plus ce que le locataire d'un tel immeuble peut habituellement demander.

85. Étant donné que les standards législatifs ou réglementaires dans les matières susmentionnées ont considérablement évolué au cours des dernières décennies, en étant toujours plus exigeants, et qu'ils continuent d'évoluer en ce sens, ne saurait être considérée comme constituant une exigence exorbitante de la part d'une entité publique telle que Wiener Wohnen, qui cherche à louer pour une longue période un bâtiment destiné à abriter son administra-

tion centrale, la volonté de disposer d'un bâtiment dont les caractéristiques ne se limitent pas au respect des standards en vigueur lors de la conclusion du contrat de location en cause, mais qui présente également une certaine pérennité quant au respect des standards applicables dans le temps.

86. Si le nombre de ces demandes et le degré de détails de celles-ci sont élevés, il demeure que le critère déterminant dans ce contexte est néanmoins celui de savoir si ces demandes vont au delà des exigences habituelles d'un locataire en ce qui concerne un immeuble tel que l'immeuble Gate 2.

87. Or, si la Commission a établi, sur la base des documents intitulés « Descriptif du bâtiment et de ses équipements », du 16 mai 2012, et « Complément au descriptif du bâtiment et de ses équipements », du 22 mai 2012, tous deux annexés au contrat de location en cause, que les demandes présentées par Wiener Wohnen étaient nombreuses et détaillées, avec des exemples concrets à l'appui, il ne ressort pas, en revanche, de ses écritures que Wiener Wohnen aurait présenté un nombre non négligeable de demandes ayant eu pour effet que, en ce qu'elles visaient à satisfaire des besoins qui lui étaient propres, cette entité aurait exercé une influence déterminante sur la conception de l'immeuble Gate 2.

88. Dans sa requête, la Commission cite, dans ce contexte, certains points du document intitulé « Descriptif du bâtiment et de ses équipements ». Aux termes de ces points, « l'ensemble des ascenseurs vont du sous-sol (garage) à l'étage qui est chaque fois le plus élevé », « l'ouvrage est réalisé conformément aux directives du système de certification ÖGNI – niveau or », « [le] sol [est] surélevé avec une hauteur brute moyenne d'environ 10 cm, et une force portante de 5 kN/ m<sup>2</sup> » et « le refroidissement est assuré principalement par des éléments de plafond thermoactifs avec des surfaces recouvertes ou enduites d'une peinture de dispersion ».

89. Or, la Commission n'explique pas en quoi la demande tendant à ce que tous les ascenseurs relient l'ensemble des niveaux, y compris l'étage le plus élevé, constitue une demande inhabituelle. Étant donné que, comme la République d'Autriche le fait valoir, sans que la Commission le conteste, une telle spécification découle d'une obligation légale, il ne peut être considéré qu'elle reflète l'exercice d'une influence déterminante sur la conception de l'immeuble imputable à Wiener Wohnen.

90. De même, il est de pratique courante de prévoir, dans les bâtiments de bureaux, un sol surélevé, afin de garantir, notamment, la modularité de l'aménagement intérieur. Quant à la hauteur brute moyenne et à la force portante de ce sol, la Commission n'explique pas non plus en quoi les spécifications évoquées sont inhabituelles. Il en va de même de la demande tendant à ce que le refroidissement de l'immeuble Gate 2 soit assuré principalement par des éléments de plafond thermoactifs.

91. S'agissant du « système de certification ÖGNI – niveau or », la Commission relève, dans le cadre de son analyse du document intitulé « Complément au descriptif du bâtiment et de ses équipements », qu'il est énoncé dans l'introduction de ce document que « [l']objectif déclaré par le bailleur et le locataire d'obtenir le certificat "ÖGNI – GOLD Green Building" est considéré comme convenu et représente une exigence inconditionnelle pour la réalisation dans la planification et la construction ». La Commission allègue par la suite que l'argumentation de la République d'Autriche, selon laquelle cette certification aurait été visée d'emblée par le bailleur et ne constituerait pas une exigence de Wiener Wohnen, est inexacte. À cet égard, il convient de relever que, dans l'analyse des sites du 28 février 2012, préparée par un expert en immobilier, figure déjà la mention selon laquelle la certification « ÖGNI – niveau or » de l'immeuble Gate 2 est prévue.

92. Dès lors, il y a lieu de présumer que la conception de l'immeuble Gate 2 conformément aux exigences découlant de cette certification est le résultat non pas d'une influence déterminante exercée par Wiener Wohnen, mais d'une initiative propre du bailleur, laquelle a été retenue, ainsi qu'il a été rappelé au point 57 du présent arrêt, antérieurement à l'engagement des négociations avec Wiener Wohnen. Par ailleurs, la Commission n'indique pas dans ses écrits les raisons pour lesquelles ce certificat ne serait pas également délivré dans l'intérêt du bailleur. Or, il est évident que l'obtention d'un tel certificat renforce la valeur du bien immobilier concerné.

93. Certains des éléments mentionnés dans les documents intitulés « Descriptif du bâtiment et de ses équipements » et « Complément au descriptif du bâtiment et de ses équipements » doivent être compris eu égard à l'intention de Wiener Wohnen de disposer, pour une longue période, d'un site réunissant l'ensemble de ses services. Ainsi, l'exigence relative à la dimension de la distribution électrique, afin qu'il y ait une réserve de place de 25 % pour toute extension future n'apparaît pas comme étant une exigence allant au-delà des exigences habituelles d'un locataire en ce qui concerne un immeuble tel que l'immeuble Gate 2.

94. En revanche, il ressort du dossier soumis à la Cour que, pour des raisons économiques revêtant un aspect particulièrement important pour elle, Vectigal Immobilien, en tant que propriétaire et maître d'ouvrage de l'immeuble Gate 2, a pris soin de garantir que la construction soit réalisée de telle manière qu'il lui soit possible, en cas de libération totale ou partielle des locaux par Wiener Wohnen, de relouer immédiatement les surfaces concernées à des tiers. C'est ainsi que, selon la République d'Autriche, Vectigal Immobilien a notamment prévu, pour la totalité des surfaces à louer disponibles à un étage donné, plusieurs séparations avec des issues de secours et des accès aux ascenseurs autonomes pour chaque étage, afin de disposer de la possibilité de louer des surfaces individuelles ou de louer les différents étages de manière séparée à l'avenir.

95. En définitive, la Commission n'a pas établi que les demandes formulées par Wiener Wohnen en sa qualité de futur locataire ont remis en cause l'usage de l'immeuble Gate 2 en tant que bâtiment de bureaux que pourraient avoir des locataires qui succéderaient à cette entité. Par conséquent, il doit être conclu que les adaptations résultant de ces demandes n'excèdent pas ce qu'un locataire peut habituellement exiger.

96. Enfin, contrairement à la jurisprudence citée au point 52 du présent arrêt, le recours de la Commission ne contient d'informations ni sur le coût des travaux à la date de leur achèvement, au cours de l'année 2014, ni sur la relation entre ces coûts et la valeur actualisée, à cette date, du montant total des loyers sur une période de 20 ans.

97. Il découle, ainsi, de l'ensemble des considérations qui précèdent que la Commission n'a pas établi, à suffisance de droit, que, en ce que Wiener Wohnen a attribué directement le marché du 25 mai 2012 relatif à l'immeuble de bureaux sis Guglgasse 2-4, à Vienne, sans réaliser une procédure de mise en concurrence et sans communiquer l'avis y afférent, la République d'Autriche a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 2 et 28 ainsi que de l'article 35, paragraphe 2, de la directive 2004/18.

98. Par conséquent, le recours de la Commission doit être rejeté.

**Référence 5 : CE 24 mai 2017, 7ème et 2ème ch. réunies, Société Régal des îles, n° 407213**

*Vu la procédure suivante :*

La société Régal des Îles a saisi le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion d'une demande tendant, dans le dernier état de ses écritures, à titre principal, à l'annulation, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de la procédure de passation de la convention pour la gestion provisoire du service public de restauration municipale lancée par la commune de Saint-Benoît et à la reprise intégrale de la procédure et, à titre subsidiaire, à l'annulation, sur le fondement de l'article L. 551-13 du même code, de cette convention et à ce qu'il soit ordonné à la commune soit de reprendre le service en régie, soit de reprendre intégralement le processus d'attribution de la convention portant sur l'exploitation du service de restauration municipale dans des conditions conformes aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Par une ordonnance n° 1601218 du 9 janvier 2017, le juge des référés de ce tribunal a rejeté sa demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et deux autres mémoires, enregistrés les 26 janvier, 10 février, 17 février et 5 mai 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, la société Régal des Îles demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler cette ordonnance en tant qu'elle a rejeté ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;
- 2°) réglant l'affaire en référé, de faire droit à ces conclusions ;
- 3°) de mettre à la charge de la commune de Saint-Benoît la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

*Vu :*

- le code général des collectivités territoriales ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que la commune de Saint-Benoît a signé avec la société Dupont Restauration Réunion une convention provisoire pour la gestion du service public de restauration municipale le lundi 28 novembre 2016 à 14h30 ; que la société Régal des Îles a saisi le même jour à 19h07 le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion d'une demande d'annulation de la procédure de passation de ce contrat sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'après avoir été informée de la signature de la convention, la société Régal des Îles a maintenu ses conclusions initiales et présenté des conclusions subsidiaires tendant à l'annulation du contrat sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants de ce code ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés a rejeté comme irrecevables l'ensemble des conclusions présentées par la société ; que la société Régal des Îles se pourvoit contre cette ordonnance en tant qu'elle a rejeté ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;

Sur la recevabilité du référé contractuel :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative : « *Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'État dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un*

*établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours » ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 551-15 du même code : « *Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité* » ;*

3. Considérant que l'article L. 551-14 précité du code de justice administrative, qui prévoit que le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours, n'a pas pour effet de rendre irrecevable un référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement introduit un référé précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance de la signature du contrat du fait, s'agissant d'un contrat soumis à publicité préalable et à l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus, d'un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations ainsi qu'à celle consistant à observer avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication, ou, s'agissant d'un contrat relevant de l'article L. 551-15 du code, de l'absence de publication par le pouvoir adjudicateur de son intention de conclure le contrat ou de respect, avant de le signer, d'un délai d'au moins onze jours entre la date de publication de l'avis et la date de conclusion du contrat ;

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en jugeant que les conclusions présentées par la société Régal des Îles sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative n'étaient pas recevables au seul motif que la société avait antérieurement introduit un référé précontractuel et que le pouvoir adjudicateur n'avait pas méconnu la suspension prévue à l'article L. 551-4 de ce code, sans rechercher si la société, dont le référé avait été introduit postérieurement à la signature du contrat, n'avait pas été privée de la possibilité d'introduire utilement son référé précontractuel du fait du comportement de la commune, le juge des référés du tribunal administratif de la Réunion a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen du pourvoi, son ordonnance doit être annulée en tant qu'elle a rejeté les conclusions de la société Régal des Îles présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;

5. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de régler, dans cette mesure, l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

6. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la signature de la convention pour la gestion provisoire du service public de restauration municipale conclue entre la commune de Saint-Benoît et la société Dupont Restauration Réunion, analysée par la commune comme une délégation de service public, n'a été précédée de la publication d'aucun avis de concession ni d'aucune forme de publicité ; que, dans ces conditions, la société Régal des

Il a été privée de la possibilité d'introduire utilement son référé précontractuel ; que, par suite, ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative sont recevables ;

#### Sur le bien fondé du référé contractuel :

7. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite* » ; qu'aux termes de l'article L. 551-19 de ce code : « *Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général* » ;

#### En ce qui concerne la qualification du contrat :

8. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 4 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* » ; d'autre part, qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « *Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service* » ;

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention litigieuse, dénommée « concession provisoire de service public pour la gestion du service de restauration municipale », a pour objet de déléguer par affermage provisoire le service public de restauration scolaire ; qu'aux termes de son article 2, « *la gestion du service est assurée par le concessionnaire à ses risques et périls* » et celui-ci « *perçoit auprès des usagers un prix* » ; que les stipulations de l'article 37 relatives à la rémunération du concessionnaire prévoient que le concessionnaire reçoit, en plus des recettes perçues sur les usagers, une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle versée par la commune de Saint-Benoît, d'un montant de 3 389 228 euros hors taxe, ainsi qu'un complément de prix unitaire au repas servi, facturé selon le nombre de repas comptés lors de chaque service, également versé par la commune ; que, compte tenu de ces versements, qui couvrent 86 % de la rémunération du cocontractant, le risque économique du cocontractant ne porte, ainsi que le stipule la convention, que sur la différence entre les repas commandés et ceux effectivement servis, sur les variations de la fréquentation des cantines et sur les impayés ; qu'en égard à l'existence d'un dispositif de commande des repas, prévu par les stipulations de l'article 12.2 de la convention, la différence entre les repas commandés et les repas servis ne saurait varier de manière

substantielle ; qu'en outre, compte tenu de l'objet du service, consistant en la fourniture de repas pour les cantines scolaires, pour les crèches et pour les centres aérés, et de la durée du contrat, limitée à quatorze mois, le nombre d'usagers n'est pas non plus susceptible de variations substantielles durant l'exécution de la convention ; qu'enfin, la commune de Saint-Benoît ne fournit aucun élément permettant d'évaluer le risque découlant des impayés ; que, dans ces conditions, la part de risque transférée au délégataire n'implique pas une réelle exposition aux aléas du marché et le cocontractant ne peut, par suite, être regardé comme supportant un risque lié à l'exploitation du service ; qu'il en résulte que la convention litigieuse ne revêt pas le caractère d'un contrat de concession, et donc d'une délégation de service public, mais celui d'un marché public ;

#### En ce qui concerne la régularité de la procédure :

10. Considérant qu'aux termes de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : / 1° Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. (...) Le marché public est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence* » ; que ces dispositions définissent de manière exhaustive les conditions dans lesquelles une personne publique peut, en cas d'urgence, conclure un nouveau marché public, notamment à titre provisoire, sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ;

11. Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention en litige a été conclue du fait de la résiliation, à compter du 1er décembre 2016, du contrat relatif à la gestion du service de restauration municipale conclu le 8 janvier 2014 par la commune de Saint-Benoît avec la société Gestion des Cuisines Centrales Réunion, prononcée par le tribunal administratif de la Réunion dans un jugement du 31 mars 2016 qui a fait l'objet d'une ordonnance rectificative le 13 juin 2016, en raison de la méconnaissance, par la commune, de ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; que la commune de Saint-Benoît, qui a fait appel de ce jugement, n'a pris aucune initiative en vue de lancer une nouvelle procédure de délégation du service public et a conclu le 18 novembre, sans mesure de publicité et de mise en concurrence, une convention de gestion provisoire avec la société Dupont Restauration Réunion, approuvée par une délibération du 25 novembre 2016 ; que, dans ces conditions, la commune n'est pas fondée à soutenir qu'elle était placée dans une situation d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur, au sens de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 précité ; qu'en outre, par sa durée de quatorze mois, la convention excède ce qui est strictement nécessaire pour faire face à la situation d'urgence alléguée ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société Régal des Îles est fondée à soutenir que la commune de Saint-Benoît a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en signant la convention en litige en l'absence de toute formalité de publicité et de mise en concurrence et à en demander l'annulation sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ; qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général ne justifie le prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation prévues par l'article L. 551-19 de ce code ; que, toutefois, compte tenu de la nécessité de préserver la continuité du service de la restauration municipale, il y a lieu de ne prononcer l'annulation de la convention qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente décision ;