

Commentaires

Arrêt « Commission c. Autriche » : prise en location d'un bâtiment non encore construit et champ d'application du droit des marchés publics

Maxime Vanderstraeten^(*)

- Dans l'arrêt commenté¹, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que le contrat entre une entité publique et une entreprise privée, portant sur la location d'un bâtiment non encore construit, peut bénéficier de l'exclusion relative aux bâtiments "existants" de l'article 16 de la directive 2004/18/CE
- Le pouvoir adjudicateur ne saurait néanmoins se prévaloir de cette exclusion lorsque la réalisation de l'ouvrage projeté constitue un marché public de travaux, parce que cette réalisation répond aux besoins précisés par ce pouvoir adjudicateur
- Il s'agit d'un marché de travaux 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. Une influence déterminante sur la conception de l'ouvrage peut être identifiée si elle s'exerce sur la structure architecturale du bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs

En droit européen des marchés publics, l'acquisition ou la prise en location de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles est en principe exclue du champ d'application de la réglementation des marchés publics². Ces dernières années, une controverse s'est développée par rapport à la notion de « bâtiments existants », en particulier dans le contexte de la prise en location par les pouvoirs publics d'immeubles encore à construire³.

Une telle opération échappe-t-elle au droit des marchés publics ou doit-elle être considérée comme un marché public de travaux, au motif qu'elle concerne la réalisation d'un ouvrage « répondant aux exigences fixées par l'adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception »⁴ ?

C'est donc avec une impatience teintée de fébrilité que les pouvoirs publics et les promoteurs attendaient que la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur la question. C'est chose faite depuis le prononcé de l'arrêt commenté, intervenant à la suite d'un recours en manquement engagé par la Commission européenne à l'encontre de l'Autriche.

S'agissant des faits à l'origine du litige, il convient de préciser qu'en 2012, la ville de Vienne avait conclu un contrat de location à long terme pour un immeuble de bureaux non encore construit, sans mise en concurrence. La Commission a lancé une procédure

d'infraction contre l'État autrichien, estimant que cette transaction constituait un marché public de travaux.

Dans ses conclusions⁵, l'avocat général Campos Sánchez-Bordona partageait le point de vue de la Commission et concluait à la requalification en marché public pour plusieurs raisons : (i) au moment de la conclusion du contrat, le promoteur n'avait pas commencé de travaux de construction et ne disposait même pas d'un permis de construire, (ii) le projet architectural avait subi des modifications importantes à la demande de la ville, (iii) la ville avait désigné ses propres techniciens pour suivre l'exécution du projet, aux côtés du propriétaire, (iv) sans la signature du contrat, le bâtiment n'aurait pas été construit, (v) le bâtiment était presque entièrement occupé par la ville.

De façon remarquable, la Cour de justice s'écarte de la solution proposée par son avocat général.

La Cour pose d'abord le principe — jamais exprimé auparavant dans sa jurisprudence — selon lequel une influence déterminante sur la conception de l'immeuble 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

(*) L'auteur est assistant à l'Université Saint-Louis (Bruxelles) et avocat au barreau de Bruxelles (Belgique). Il peut être contacté à l'adresse suivante : maxime.vanderstraeten@nautadutilh.com. (1) Arrêt du 22 avril 2021, *Commission c. Autriche (Location d'un bâtiment non encore construit)*, aff. C-537/19, EU:C:2021:319, ci-après « l'arrêt commenté ». (2) Dans les secteurs dits « classiques », l'on se référera à l'article 10, sous a), de 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, J.O., 2014, L 94, p. 65 ; cette exclusion était précédemment prévue à l'article 16, sous a), 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, J.O., 2004, L 134, p. 114). (3) Pour un exposé complet de cette controverse, voy. E. van Nuffel, « Les projets immobiliers développés en dehors de l'influence du pouvoir adjudicateur. Procuste et les marchés publics de travaux. À propos d'une divergence de jurisprudence, entre l'arrêt du Conseil d'État du 23 octobre 2018, *Fedimmo s.a.*, n° 242.7552 et l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 avril 2021, *Commission c. Autriche*, aff. C-537/19 », *Jurim Pratique*, 2020/2, pp. 176-202 ; V. Dor et I. Van Kruchten, « Ces opérations immobilières qui ne sont pas des marchés publics : considérations autour de l'exception de l'article 28 de la loi du 17 juin 2016 », in C.H. de La Vallée Poussin et M. Vilain XIII (dir.), *Aux frontières des marchés publics*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 200-205. (4) Article 2, paragraphe 1^{er}, point 6), de la directive 2014/24/UE ; article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18/CE. (5) Conclusions de l'avocat général Campos Sánchez-Bordona dans l'affaire *Commission c. Autriche (Location d'un bâtiment non encore construit)*, aff. C-537/19, EU:C:2020:850.

Commentaires

une influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur.

S'agissant ensuite de l'immeuble concerné, la Cour relève que, au moment des négociations en vue de la conclusion du contrat de location, la conception architecturale de l'immeuble était totalement achevée. S'agissant de l'absence de permis de construire, la Cour relève que les projets architecturaux de grande ampleur sont habituellement mis en location bien avant la finalisation des plans de construction détaillés et le dépôt de la demande de permis. La longue durée du bail ne constitue pas un critère pertinent. La Cour constate encore qu'il n'est pas inhabituel qu'un locataire prenne des mesures afin de s'assurer que l'emménagement dans les locaux puisse avoir lieu à la date prévue, et recoure à des tiers spécialisés en vue d'exercer ce contrôle. En l'occurrence, l'immeuble a été conçu comme un immeuble de bureaux classique, sans que soient visés des groupes déterminés de locataires ni des besoins spécifiques. 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 réunir. De telles démarches ne permettent pas de requalifier un contrat de location en marché de travaux. Enfin, les exigences posées par la ville ne dépassent pas ce qu'un locataire peut habituellement exiger et ne témoignent pas d'une influence déterminante sur la conception de l'immeuble.

Il semble devoir être déduit de l'arrêt commenté qu'une prise en location ne sera requalifiée en marché public de travaux que si les

exigences posées par le locataire public vont au-delà de ce que peut habituellement demander un locataire à l'égard d'un bâtiment de bureaux classique. La Cour reconnaît ainsi une marge de manœuvre inattendue aux locataires publics, surtout au regard de la jurisprudence plus stricte qui s'était entretemps développée dans certains États membres⁶.

Sans se prononcer sur l'opportunité d'un tel assouplissement, l'on regrettera que la Cour persiste à faire fi de toute logique sémantique en considérant qu'un bâtiment à construire puisse être qualifié de bâtiment « existant »⁷. Cette manœuvre est inutile : il suffit, pour que l'opération considérée échappe au droit des marchés publics, de constater qu'elle ne constitue pas un marché public de travaux ; il n'est pas nécessaire, en sus, de démontrer qu'elle relève d'une des exclusions spécifiques au champ d'application de la réglementation des marchés publics⁸.

Enfin, la procédure d'infraction menée par la Commission contre la République d'Autriche reposait sur la violation alléguée de la directive 2004/18. La Cour n'a donc pas eu à se prononcer, en l'espèce, sur les principes généraux du droit européen (transparence, égalité, concurrence), lesquels commandent l'organisation d'une mise en concurrence même à l'égard de contrats qui ne sont pas qualifiés de marché public, pourvu qu'ils présentent néanmoins un intérêt transfrontalier certain⁹. L'arrêt commenté ne saurait donc être lu comme conférant un blanc-seing généralisé à la conclusion de gré à gré de baux publics.

(6) En octobre 2018, le Conseil d'État de Belgique a par exemple requalifié en marché public la prise en location par la Région de Bruxelles-Capitale de la tour Silver Tower, sur la base d'un faisceau d'indices révélant l'influence déterminante de la Région sur la nature ou la conception de cet ouvrage à construire. La juridiction administrative avait jugé qu'il en allait ainsi même si l'ouvrage à réaliser était le cas échéant un immeuble de bureau « standard », susceptible de répondre tant aux besoins d'un pouvoir public qu'à ceux d'un opérateur privé (C.E., 23 octobre 2018, n° 242.755, *Fedimmo*). (7) La Cour avait déjà adopté ce point de vue dans son arrêt du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13, EU:C:2014:2067, en dépit de l'opinion contraire exprimée par l'avocat général Wahl dans ses conclusions du 15 mai 2014, EU:C:2014:335, points 53 et 60. L'avocat général Campos Sánchez-Bordona a également critiqué cette jurisprudence dans ses conclusions précédant l'arrêt commenté (point 30). (8) E. van Nuffel, *op. cit.*, pp. 180 et 183-189. (9) L. Laperche, « Les principes généraux applicables aux marchés exclus de la réglementation sur les marchés publics », in *Chronique des marchés publics 2019-2020*, Bruxelles, EBP Consulting, 2020, pp. 1079-1105 ; G. Eryin, « L'obligation européenne de transparence L'application des principes généraux de droit européen aux contrats et actes qui ne sont ni des marchés publics, ni des concessions », in *Aux frontières des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 297-340.