



Contrat de fortage et droit de la commande publique

Jurisprudence publié le **26/03/2010**, vu **24384** fois, Auteur : [Anne-Sophie SARDAY](#)

Un contrat de fortage est un contrat par lequel le propriétaire d'une carrière, concède à un tiers le droit de l'exploiter, en principe moyennant le versement d'une redevance, tout en conservant la propriété du sol et du sous-sol.

Les collectivités territoriales sont régulièrement sollicitées par des entreprises qui souhaitent exploiter une carrière sur des parcelles leur appartenant.

Elles doivent alors impérativement se poser la question de la nature juridique du contrat devant être conclu.

Le Juge administratif a, en effet, tout récemment été invité à se pencher sur la question de savoir si la convention par laquelle une collectivité autorise une entreprise à exploiter une dépendance de son domaine privé peut être regardée comme un marché public au sens du droit communautaire.

Ainsi, par une décision du 3 juin 2009 (*CE, 3 juin 2009, Commune de Saint Germain en Laye, n° 311798, Conclusions de Bertrand DACOSTA, BJCP, n° 66, p. 365*), le Conseil d'Etat a considéré que constituait un marché public de travaux au sens du droit communautaire un contrat de fortage sur un terrain communal qui :

- avait pour objet, certes d'exploiter la carrière, mais également de répondre aux besoins de cette personne publique par des travaux de dépollution du site, la mise à disposition, après dépollution, d'une partie des terrains à un club de football et la réalisation de travaux d'aménagements paysagers après la cessation de l'exploitation ;
- prévoyait que la rémunération de l'entreprise était assurée par l'exploitation de la carrière de granulats, la collectivité renonçant à une partie de la redevance.

Dans cette affaire, l'entreprise initialement pressentie pour l'attribution de ce contrat, et finalement écartée, avait saisi le Juge des référés précontractuels du Tribunal administratif de Versailles, sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative.

Ce dernier a ainsi estimé que le contrat devait être regardé comme un marché public de travaux au sens du droit communautaire et, en particulier 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.

Au regard des montants en jeu, ce contrat n'entrait toutefois pas dans le champ d'application de cette directive.

Reste que le droit communautaire originaire impose le respect d'un certain nombre de principes, parmi lesquels la transparence et la mise en concurrence.

En conséquence, le Conseil d'Etat rejette le pourvoi aux motifs suivants :

"Considérant que le juge des référés n'a pas dénaturé les termes du cahier des charges ni commis d'erreur de droit au regard de la réglementation applicable en matière d'installations classées en jugeant que si le contrat envisagé concédait à l'exploitant le droit d'extraire les matériaux du sous-sol d'une partie des terrains concernés, en lui rappelant les obligations de remise en état incombant à l'exploitant d'une installation classée, il avait pour objet de répondre, par les travaux demandés au titulaire, à un besoin de la commune en matière de dépollution et d'aménagement des parcelles en cause ;

Considérant qu'ayant ainsi caractérisé l'objet du contrat, le juge des référés en a déduit, ainsi qu'il y était explicitement tenu dès lors que sa compétence pour connaître de la procédure était contestée, et sans soulever d'office un moyen, que ce contrat administratif devait être regardé comme un marché public de travaux au sens de l'article 1er de la directive 2004/18 du 31 mars 2004; que la circonstance que la commune n'assurait pas la maîtrise d'ouvrage des travaux envisagés ne faisant pas obstacle à une telle qualification, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit à cet égard ; qu'il a également pu, sans commettre d'erreur de droit, juger que la rémunération du titulaire du marché était en l'espèce assurée par l'exploitation de la carrière ; que le juge des référés n'a pas méconnu les dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative en se reconnaissant compétent pour connaître de la demande dirigée contre la procédure de passation d'un tel contrat ;

Considérant que pour prononcer la suspension de la procédure de passation, le juge des référés a jugé que si le marché de travaux publics ne relevait pas du champ d'application de la directive 2004/18 du 31 mars 2004, du fait d'un montant d'environ 5 millions d'euros inférieur au seuil de 6 242 000 euros, il était néanmoins soumis aux règles fondamentales du traité instituant la Communauté européenne, au nombre desquelles figure une obligation de transparence des procédures; que le juge des référés, qui a implicitement mais nécessairement estimé que le marché présentait un intérêt communautaire, en a déduit, sans soulever d'office un moyen qui n'aurait pas été développé devant lui, que la commune avait méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en s'abstenant d'indiquer les critères de sélection des offres dans le règlement de la consultation et en rejetant l'offre de cette société sans lui indiquer les motifs de ce rejet."

Il a, ce faisant, suivi les conclusions du Rapporteur public, Bertrand DACOSTA, particulièrement éclairantes sur le sujet :

« Un marché public, en droit interne, comme en droit communautaire, est un contrat conclu à titre onéreux. Mais ce caractère onéreux ne prend pas nécessairement la forme d'un prix versé par la collectivité. Il peut y avoir marché public alors que la rémunération du cocontractant est assurée par un tiers (CE, 18 mars 1988, Société civile des Néo-Polders, n° 69723 ; CJCE, 18 janvier 2007, Auroux, aff. C-220/05). Et la rémunération par la collectivité peut résulter de ce qu'elle s'abstient de percevoir une recette : vous avez jugé, par votre décision d'Assemblée Société Jean-Claude Decaux du 4 novembre 2005, que l'exonération de redevance d'occupation du domaine public, s'agissant d'un contrat de mobilier urbain, constituait un avantage consenti à titre onéreux par la collectivité. La jurisprudence communautaire est dans le sens (CJCE, 12 juillet 2001, Ordine degli architetti delle province di Milano e Lodi, aff. C-399/98).

La rémunération du cocontractant, en l'espèce, devait provenir de la vente des granulats, et de la renonciation, par la collectivité, à percevoir une partie du « droit de forage », c'est-à-dire du montant de la redevance. Il s'agissait donc bien d'un contrat conclu à titre onéreux.

Relevons, par ailleurs, qu'en présence d'une convention unique, au sein de laquelle on pourrait faire l'effort d'identifier, d'une part, un marché de travaux publics et, d'autre part, un contrat de forage, le Juge des référés s'est placé dans la logique de votre jurisprudence, qui tend à considérer que l'opération présente alors, dans son ensemble, le caractère d'un marché de travaux publics (CE, 18 mars 1988, Société civile des Néo-Polders, préc.).

On pourrait, il est vrai, se demander si le contrat ne s'apparentait pas davantage à une concession de travaux, c'est-à-dire, pour reprendre les termes de la loi du 3 janvier 1991, à un contrat pour lequel « la rémunération de l'entrepreneur consiste en tout ou partie dans le droit d'exploiter l'ouvrage ». Mais il nous semble que cette qualification ne peut être retenue que lorsque la rémunération provient de l'exploitation de l'ouvrage objet de la concession ; or, ici, l'objet, c'est la réalisation de travaux de dépollution et d'aménagement, tandis que la rémunération provient d'une autre activité, la vente de granulats. En tout état de cause, il n'est pas soutenu en cassation que le contrat serait une concession de travaux, tout simplement parce que cette requalification n'affecterait pas, in fine, la solution du litige, compte tenu des contraintes qui pèsent aussi sur ce type de contrats. »

(Conclusions de Bertrand DACOSTA, sur CE, 3 juin 2009, Commune de Saint Germain en Laye, n° 311798, BJCP, n° 66, p. 365)

En résumé, en matière d'exploitation de carrières :

- si la rémunération de l'entrepreneur provient de l'exploitation de l'ouvrage, il s'agirait d'une concession de travaux ;**
- si la rémunération de l'entrepreneur provient, notamment, d'un abandon de redevance, même partiel, en contrepartie de prestations réalisées par ledit entrepreneur, il s'agirait d'un marché public de travaux au sens du droit communautaire.**

Il est rappelé que, tout récemment, l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 a ainsi défini les concessions de travaux publics passées par les collectivités locales :

« Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.. »

Cette définition, codifiée à l'article L. 1415-1 du Code général des collectivités territoriales, ne fait que reprendre celle posée par l'article 1er 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.

Ces contrats sont désormais soumis au droit de la commande publique et doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (article 5 de l'ordonnance du 15 juillet 2009).

Ils sont, en conséquence, soumis à des conditions de publicité définies et décrites dans l'ordonnance précitée.

En conséquence, les collectivités locales sollicitées pour la conclusion de contrat de forage doivent se montrer particulièrement vigilantes au regard des règles de la commande publique afin de sécuriser au maximum leurs montages contractuels.

Restant naturellement à votre entière disposition pour approfondir avec vous ce sujet.