ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre)

29 octobre 2009 *

Dans l'affaire C-536/07,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, introduit le 30 novembre 2007,

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. D. Kukovec et R. Sauer, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

République fédérale d'Allemagne, représentée par MM. M. Lumma et J. Möller, en qualité d'agents, assistés de M^e^ H.-J. Prieß, Rechtsanwalt, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (quatrième chambre),

composée de M. K. Lenaerts, président de la troisième chambre, faisant fonction de président de la quatrième chambre, M[me] R. Silva de Lapuerta, MM. E. Juhász (rapporteur), G. Arestis et J. Malenovský, juges,

avocat général: M[me] V. Trstenjak,
greffier: M. N. Nanchev, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 25 mars 2009,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 4 juin 2009,

rend le présent

Arrêt

1 Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, la ville de Cologne ayant conclu avec Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, devenue Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR (ci-après «GKM-GbR»), le 6 août 2004, un contrat intitulé «contrat de bail portant sur la location d'un terrain avec quatre halls d'exposition» sans appliquer de procédure de passation avec appel d'offres européen conformément aux dispositions de l'article 7 de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 199, p. 54), lu en combinaison avec

l'article 11 de celle-ci, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ces dispositions.

La réglementation communautaire

2 L'article 1er de la directive 93/37 dispose:

«Aux fins de la présente directive:

a) les 'marchés publics de travaux' sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur;

b) sont considéré[e]s comme 'pouvoirs adjudicateurs' […] les collectivités territoriales […]

[…]

c) on entend par ‘ouvrage’ le résultat d’un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique;

[…]»

3 L’article 6 de la même directive prévoit:

«1. La présente directive s’applique:

a) aux marchés publics de travaux dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) égale ou dépasse l’équivalent en écus de 5 millions de droits de tirage spéciaux (DTS);

[…]»

4 L’article 7, paragraphes 2 et 3, de cette même directive énumère les cas dans lesquels les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés de travaux en recourant à la procédure négociée. Ainsi, en vertu du paragraphe 3, sous b), de cet article, les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à une telle procédure «pour les travaux dont l’exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d’exclusivité, ne peut être confiée qu’à un entrepreneur déterminé».

5 Aux termes du paragraphe 4 dudit article 7:

«Dans tous les autres cas, les pouvoirs adjudicateurs passent leurs marchés de travaux en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte.»

6 L'article 11 de la directive 93/37 énonce les obligations de publicité auxquelles sont soumis, notamment, les pouvoirs adjudicateurs qui doivent recourir à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte afin de passer leurs marchés de travaux.

7 Enfin, l'article 1er de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JO L 209, p. 1), dispose:

«Aux fins de la présente directive:

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

[…]

iii) des marchés qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens

immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens; 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;

[…]»

L'opération litigieuse et la procédure précontentieuse

8 KölnMesse GmbH (ci-après «KölnMesse») est une société de droit privé détenue à 79,02 % par la ville de Cologne et à 20 % par le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, les 0,98 % restants étant répartis entre diverses chambres et associations. Son objet est d'organiser des foires et des expositions visant à promouvoir l'industrie, le commerce et l'artisanat.

9 Le 18 décembre 2003, KölnMesse a vendu à GKM-GbR, société d'investissement privée, un terrain en vue de la construction de quatre halls d'exposition, pour un montant de 67,4 millions d'euros. Un plan d'urbanisme a été intégré au contrat de vente de ce terrain.

10 Le 6 août 2004, la ville de Cologne et GKM-GbR ont conclu un contrat intitulé «contrat de bail portant sur la location d'un terrain avec quatre halls d'exposition», par lequel la seconde a accordé à la première, pour une durée de 30 ans, la jouissance dudit terrain ainsi que des bâtiments devant y être construits, moyennant un loyer mensuel de 1,725 million d'euros, les treize premiers mois étant exempts de loyer. Les parties s'accordent pour désigner ce contrat comme le «contrat principal». Aux termes de celui-ci, GKM-GbR s'est engagée à exécuter des ouvrages d'une qualité moyenne, au minimum, et à les mettre à la disposition de la ville de Cologne conformément aux prescriptions y spécifiées relatives à leurs dimensions, à leur nature et à leur

aménagement. Ce dernier était défini dans le dossier du permis de construire de la ville de Cologne. Selon les estimations de KölnMesse, non contredites par la Commission, le coût de construction de ces ouvrages s'est élevé à environ 235 millions d'euros.

11 Par un contrat du 11 août 2004 intitulé «contrat de sous-location d'un terrain avec quatre halls d'exposition», dont les termes sont largement identiques à ceux du contrat principal, la ville de Cologne a concédé à KölnMesse la jouissance des bâtiments à construire décrits dans le contrat principal. Les 11 et 16 août 2004, ces deux entités ont conclu une convention dite «d'exécution du contrat de sous-location», par laquelle la ville de Cologne a donné tout pouvoir à KölnMesse pour exercer l'ensemble de ses droits et remplir l'ensemble de ses obligations à l'égard de GKM-GbR. La ville de Cologne devait également veiller à ce que GKM-GbR procède à l'exécution complète du contrat principal en collaboration directe avec KölnMesse.

12 Les parties s'accordent pour estimer la contrepartie due par la ville de Cologne à GKM-GbR au titre du contrat principal, à savoir les loyers mensuels sur la durée de 30 ans du contrat, à un montant total d'environ 600 millions d'euros.

13 Conformément aux affirmations de la République fédérale d'Allemagne, les halls d'exposition ont été achevés et remis à la ville de Cologne, en tant que locataire principal, le 1er décembre 2005.

14 Le 7 septembre 2005, la Commission a reçu une plainte selon laquelle l'opération décrite ci-dessus aurait constitué un marché public de travaux passé sans respecter les règles communautaires applicables.

15 Par lettre du 19 décembre 2005, la Commission a mis en demeure la République fédérale d'Allemagne de présenter ses observations à ce sujet.

16 Par lettre du 15 février 2006, la République fédérale d'Allemagne a fait valoir que KölnMesse n'est pas un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 93/37, de sorte que l'opération concernée ne relevait pas du droit communautaire des marchés publics. À cette lettre était jointe une copie des statuts de KölnMesse.

17 Le 4 juillet 2006, la Commission a adressé à la République fédérale d'Allemagne une lettre de mise en demeure complémentaire par laquelle elle demandait la communication des contrats conclus dans le cadre de l'opération litigieuse ainsi que tout autre document et renseignement pertinents.

18 Par lettre du 8 septembre 2006, la République fédérale d'Allemagne a maintenu sa position suivant laquelle l'opération litigieuse ne relevait pas du droit communautaire des marchés publics et a transmis à la Commission, sans les annexes, les contrats mentionnés aux points 10 et 11 du présent arrêt.

19 Par lettre du 18 octobre 2006, la Commission a adressé à la République fédérale d'Allemagne un avis motivé par lequel elle demandait à cette dernière de se conformer à ses obligations découlant des règles communautaires en matière de marchés publics dans un délai de deux mois à compter de la réception de cet avis.

20 Par lettre du 12 décembre 2006, la République fédérale d'Allemagne a de nouveau contesté l'existence d'une infraction au droit communautaire des marchés publics, soutenant en outre que, en tout état de cause, la procédure de manquement n'était pas recevable du fait que, le 1er décembre 2005, soit avant même l'envoi de la lettre de mise en demeure, la construction des halls d'exposition avait été achevée et ceux-ci avaient été remis à la ville de Cologne.

21 Par suite de cette prise de position, la Commission a décidé d'introduire le présent recours.

Sur le recours

Sur la recevabilité

22 La République fédérale d'Allemagne soulève une exception d'irrecevabilité tirée de ce que, à l'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, à savoir le 18 décembre 2006, le contrat en cause aurait épuisé tous ses effets, dans la mesure où la construction des ouvrages visés par le recours avait été achevée depuis longtemps déjà. La République fédérale d'Allemagne renvoie à cet égard à un procès-verbal de remise («Übernahmeprotokoll») établi, après trois jours de négociations, le 30 novembre 2005, soit donc avant même l'émission de la lettre de mise en demeure, entre la ville de Cologne et GKM-GbR, qui démontrerait que les ouvrages en cause ont été remis en bonne et due forme à cette date par la seconde et acceptés par la première. Ces ouvrages auraient d'ailleurs été utilisés conformément à leur destination dès le mois de janvier 2006. En effet, le 16 janvier 2006 aurait eu lieu dans les locaux concernés l'inauguration officielle de la foire internationale du meuble.

23 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, conformément à la jurisprudence constante de la Cour en matière de marchés publics, un recours en manquement est irrecevable si, à la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, le contrat en question avait déjà épuisé tous ses effets (voir, entre autres, arrêts du 2 juin 2005, Commission/Grèce, C-394/02, Rec. p. I-4713, point 18 et jurisprudence citée, ainsi que du 11 octobre 2007, Commission/Grèce, C-237/05, Rec. p. I-8203, point 29).

24 En l'espèce, il convient donc de vérifier si, à la date d'expiration du délai imparti dans l'avis motivé, à savoir le 18 décembre 2006, le contrat en question était, à tout le moins

en partie, en cours d'exécution ou si, au contraire, ce contrat était déjà achevé dans sa totalité, de sorte qu'il aurait épuisé ses effets.

25 Par les termes «contrat en question» ou, conformément à une autre formulation utilisée dans la jurisprudence, «marché litigieux» (voir, par exemple, arrêt du 10 avril 2003, Commission/Allemagne, C-20/01 et C-28/01, Rec. p. I-3609, point 33 et jurisprudence citée), la Cour envisage l'opération dont il s'agit dans son ensemble, placée dans son contexte général et en fonction de ses caractéristiques de fond.

26 En l'occurrence, il est constant que l'opération liant la ville de Cologne à GKM-GbR et à KölnMesse avait comme objectif final de mettre à la disposition de cette dernière société, détenue à titre largement majoritaire par la ville de Cologne, pour une longue durée, des halls d'exposition qui seraient construits par GKM-GbR. Parallèlement, la ville de Cologne s'engageait à l'égard de GKM-GbR, par un contrat de location, à verser mensuellement à celle-ci une certaine somme d'argent à titre de loyer, ces transferts de fonds servant en réalité au financement de la construction des ouvrages en question, comme l'admet d'ailleurs la République fédérale d'Allemagne.

27 Le but et les modalités de mise en œuvre de cette opération ressortent notamment du contrat de location dit «principal», conclu le 6 août 2004, par lequel GKM-GbR s'est engagée à construire des ouvrages conformément aux prescriptions détaillées de la ville de Cologne, en vue de leur location, ainsi que du contrat de sous-location et de la «convention d'exécution du contrat de sous-location», par lesquels la ville de Cologne a concédé à KölnMesse la jouissance des ouvrages qui devaient être construits.

28 L'opération en cause comporte dès lors un volet «construction» et un volet «location» ou «financement». À cet égard, indépendamment des questions de savoir quel est l'élément prépondérant ou l'objectif principal de cette opération et si la ville de Cologne a agi simplement en tant que garant à l'égard de GKM-GbR, dont l'examen relève du fond de l'affaire, il convient de constater que ces différents volets de ladite opération forment un tout indissociable. En effet, la construction des ouvrages, telle que conçue et exécutée, n'aurait pas eu de raison d'être en l'absence du contrat de location, et ce

dernier n'aurait pu avoir d'existence autonome sans la future réalisation des ouvrages, telle que prévue dans ledit contrat. Dès lors, ne saurait être accueillie la thèse de la République fédérale d'Allemagne suivant laquelle le contrat principal comporte des parties pertinentes et des parties non pertinentes ou neutres au regard du présent recours.

29 Par conséquent, l'opération en cause doit être envisagée dans son ensemble et en fonction de tous ses paramètres et composantes en vue de l'appréciation de la recevabilité du recours.

30 Ainsi, le contrat en cause, à savoir l'opération litigieuse considérée dans son ensemble, n'avait pas épuisé tous ses effets à la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé du fait que la construction des ouvrages en question était achevée. En effet, le volet «location» de cette opération continuait à produire ses effets à cette date.

31 Par suite des considérations qui précèdent, il convient de conclure que le recours de la Commission est recevable.

Sur le fond

Argumentation des parties

32 La Commission fait valoir que, entre KölnMesse et GKM-GbR, il n'existe aucune relation contractuelle, aucun droit ni aucune obligation. De l'avis de la Commission, l'entité qui entre en ligne de compte en l'occurrence en tant que cocontractant de GKM-GbR est la seule ville de Cologne. En effet, en vertu du contrat principal, ce serait

uniquement cette dernière qui aurait assumé les véritables engagements à l'égard de GKM-GbR. Par ailleurs, KölnMesse n'aurait pu mettre en œuvre un tel projet de construction sans l'intervention de la ville de Cologne et GKM-GbR n'aurait pas accepté de réaliser ledit projet sans la couverture financière de cette dernière. En outre, KölnMesse ne serait pas devenue le débiteur de GKM-GbR.

33 Pour ce qui est de la nature juridique de l'opération en cause, la Commission soutient que celle-ci constitue un marché public de travaux. Elle relève en effet, premièrement, que la ville de Cologne, pouvoir adjudicateur en tant que collectivité territoriale, a conclu par écrit un contrat à titre onéreux avec GKM-GbR, agissant en qualité d'entrepreneur, en vue de la réalisation par cette dernière d'ouvrages d'une valeur largement supérieure au seuil prévu par les règles communautaires, qui devaient être mis à la disposition du pouvoir adjudicateur. Deuxièmement, pour ce qui est de l'objet de l'opération, la réalisation des ouvrages en question, qui étaient exclusivement destinés à l'organisation de foires, ne résulterait pas de l'initiative propre de GKM-GbR. Il ressortirait également du contrat principal que ces ouvrages ont été exécutés conformément aux spécifications détaillées imposées par la ville de Cologne, celles-ci ne constituant pas un simple descriptif d'aménagement dans le cadre d'un contrat de location. Par conséquent, il s'agirait en l'occurrence de la réalisation d'ouvrages répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, au sens de l'article 1er, sous a), dernier membre de phrase, de la directive 93/37.

34 La Commission fait valoir que cette conclusion ne saurait être infirmée par le fait que le contrat principal comprend également des éléments propres à un contrat de location, à savoir la cession de la jouissance des ouvrages moyennant des versements échelonnés qui constitueraient la rémunération de la construction de ces ouvrages. En effet, on ne pourrait pas distinguer entre une partie «travaux» de ce contrat et une partie «location» ou «financement» de celui-ci, en ce sens que la première partie relèverait de la directive 93/37 et la seconde, en tant que prestation de services, de la directive 92/50. En tout état de cause, rappelle la Commission, conformément à la jurisprudence de la Cour, c'est l'objet principal du contrat qui détermine sa qualification et cet objet principal est en l'occurrence la réalisation d'un ouvrage.

35 La Commission relève en dernier lieu que, selon la jurisprudence de la Cour, la question de savoir si la ville de Cologne avait l'intention d'utiliser elle-même l'ouvrage à

construire ou si elle entendait le mettre à disposition d'un tiers est dénuée de pertinence pour la qualification de l'opération en cause de marché public de travaux, de même que la question de savoir si elle sera propriétaire du terrain et des halls d'exposition à l'expiration du contrat principal. La Commission conclut que la ville de Cologne aurait donc dû engager une procédure de passation du marché en cause conformément aux dispositions des articles 7, paragraphe 4, et 11 de la directive 93/37.

36 La République fédérale d'Allemagne répond que la seule entité qui entre en ligne de compte en l'occurrence en tant que cocontractant de GKM-GbR est KölnMesse, dans la mesure où ce sont en réalité ces deux sociétés qui sont liées par la relation contractuelle principale. En effet, dans le cadre d'une appréciation fonctionnelle de l'ensemble de la situation, seule KölnMesse serait le preneur et GKM-GbR serait le bailleur, au travers du contrat de sous-location, lequel aurait été prévu et conclu en même temps que le contrat principal et serait libellé de manière en substance identique à ce dernier, et par lequel tous les droits et obligations résultant du contrat principal auraient été transférés à KölnMesse.

37 En outre, ce serait KölnMesse qui, dans le but de prendre en location les halls d'exposition qui devaient être érigés sur un terrain lui appartenant, aurait prévu et mis en œuvre l'opération en cause, et ce serait en définitive elle qui aurait la jouissance des ouvrages en question et verserait pour cela la rémunération convenue. L'absence de liens contractuels directs entre KölnMesse et GKM-GbR résulterait de l'opération triangulaire pour laquelle il a été opté d'un point de vue fonctionnel, la ville de Cologne ayant été intégrée dans les relations contractuelles entre les deux premières entités en tant que garante et non pas en tant que débitrice solidaire.

38 La République fédérale d'Allemagne considère par conséquent que seule KölnMesse, en tant que cocontractant réel de GKM-GbR, aurait dû être appréciée sous l'angle des critères en fonction desquels il est établi si une entité relève de la notion de pouvoir adjudicateur en vue de l'application éventuelle des règles communautaires en matière de marchés publics, et non pas la ville de Cologne. Le recours de la Commission, dès lors qu'il vise uniquement cette dernière, devrait de ce fait être rejeté.

39 Pour ce qui est de la nature juridique de l'opération en cause, la République fédérale d'Allemagne soutient que le contrat conclu entre la ville de Cologne et GKM-GbR n'est pas un marché de travaux mais uniquement une garantie financière, à savoir une convention accessoire de la convention principale conclue entre GKM-GbR et KölnMesse.

40 Aux fins de la qualification juridique d'un marché composé de plusieurs volets susceptibles de relever de différentes règles communautaires en matière de marchés publics, il conviendrait, conformément à la jurisprudence de la Cour, de tenir compte de l'objet principal du contrat en cause, et il faudrait que cet objet consiste à réaliser un ouvrage pour considérer qu'il s'agit d'un marché public de travaux. Cet État membre se réfère à cet égard à l'arrêt du 19 avril 1994, Gestión Hotelera Internacional (C-331/92, Rec. p. I-1329). Or, en l'occurrence, de l'avis de la République fédérale d'Allemagne, la réalisation d'un ouvrage n'était pas l'objet principal des contrats. En effet, tant le contrat principal que le contrat de sous-location ne seraient aucunement des «contrats de construction» mais, formellement et matériellement, des «contrats de location», dans le cadre desquels le cocontractant obtient, à titre onéreux, uniquement le droit de jouissance sur les bâtiments concernés. D'un point de vue fonctionnel, la construction contractuelle en cause, avec l'intervention de la ville de Cologne, viserait à financer le projet conçu par KölnMesse.

41 Le fait que l'objet principal du contrat en cause consisterait dans la location des bâtiments concernés serait également démontré, d'une part, par la comparaison entre le coût de la location sur une durée de 30 ans, soit environ 600 millions d'euros, et le coût de la construction de ces bâtiments, qui ne s'élèverait qu'à environ 235 millions d'euros, et, d'autre part, par l'absence de stipulation contractuelle relative à une option d'achat ou à une obligation de rachat portant sur lesdits bâtiments dans le chef de la ville de Cologne ou de KölnMesse à l'expiration du bail. Dans cette mesure, GKM-GbR supporterait finalement le risque économique de l'opération en cause.

42 Par conséquent, de l'avis de la République fédérale d'Allemagne, que l'objet principal du contrat principal soit un service de location ou un service de financement, il s'agit de deux situations qui relèvent du champ d'application de la directive 92/50, dont la violation éventuelle ne fait pas l'objet de la présente procédure.

Appréciation de la Cour

43 Aux fins de déterminer, en premier lieu, quelle entité doit être considérée comme le cocontractant de GKM-GbR et doit, ainsi, être appréciée au regard des critères qui définissent la notion de pouvoir adjudicateur, il convient de constater que le recours de la Commission vise le contrat de location dit «principal», conclu le 6 août 2004 entre la ville de Cologne et GKM-GbR.

44 Nonobstant cet élément, la République fédérale d'Allemagne allègue que, sous l'angle d'une appréciation fonctionnelle de l'ensemble de l'opération, KölnMesse est le cocontractant réel de GKM-GbR et le véritable preneur, par l'effet du contrat de sous-location. En effet, ce serait KölnMesse qui aurait prévu et mis en œuvre l'opération en cause, aurait en définitive la jouissance des ouvrages en question et verserait en contrepartie la rémunération convenue.

45 Il est cependant constant que le contrat principal du 6 août 2004 a été conclu entre GKM-GbR et la ville de Cologne sans aucune mention de KölnMesse. Il importe de relever également que les négociations en vue de la conclusion dudit contrat ont été menées par la ville de Cologne, en son nom et pour son propre compte. En outre, les spécifications détaillées quant à la réalisation des ouvrages en question ont été incorporées dans ce contrat par la ville de Cologne et c'est uniquement à l'égard de celle-ci que GKM-GbR a assumé ses engagements. De même, les négociations ayant conduit à l'établissement du procès-verbal de remise des ouvrages en cause, du 30 novembre 2005, ont été menées par la ville de Cologne et ce procès-verbal a été signé par cette dernière et par GKM-GbR, sans aucune mention de KölnMesse.

46 Ainsi, KölnMesse n'apparaît et n'intervient nullement dans les relations contractuelles entre GKM-GbR et la ville de Cologne.

47 La constatation qu'il n'existe aucune relation contractuelle entre KölnMesse et GKM-GbR n'est pas remise en cause du fait du contrat de vente, par la première à la seconde, du terrain sur lequel ont été construits les ouvrages en question. Ce contrat n'est, en effet, pas pertinent dans le cadre de l'opération litigieuse, celle-ci consistant en la construction et la location de ces ouvrages.

48 De même, le contrat de sous-location du 11 août 2004 et la convention d'exécution dudit contrat, portant la même date, ne sauraient infirmer la constatation précédente, dans la mesure où ils concernent uniquement les rapports entre KölnMesse et la ville de Cologne, et n'influent en rien sur les relations contractuelles entre cette dernière et GKM-GbR ni sur les engagements réciproques assumés par elles.

49 N'est pas non plus pertinent le fait que, éventuellement, la conception de l'opération en cause revenait initialement à KölnMesse, dans la mesure où cette dernière n'est nullement visée par le contrat principal conclu avec GKM-GbR.

50 Est également sans pertinence la considération que les ouvrages en question seraient destinés à servir aux activités de KölnMesse, qui aurait en définitive la jouissance de ceux-ci et verserait pour cela une contrepartie mensuelle (voir, en ce sens, arrêt du 18 janvier 2007, Auroux e.a., C-220/05, Rec. p. I-385, points 33, 35 et 42). Il convient d'ailleurs de relever, dans ce contexte, qu'il ressort des documents intitulés «lettre d'intention» des 8 décembre 2003 et 14 juillet 2004, non contestés par la République fédérale d'Allemagne, que la ville de Cologne s'est engagée à assumer la charge financière de l'opération en cause au cas où, après 2012, KölnMesse ne parviendrait pas à faire face au coût des loyers.

51 Par conséquent, une interprétation fonctionnelle de l'opération litigieuse, telle que préconisée par la République fédérale d'Allemagne, ne saurait remettre en cause la constatation selon laquelle, sur la base du contrat principal, la ville de Cologne est le seul cocontractant de GKM-GbR, considérée et acceptée en tant que tel par cette dernière, ni conduire à substituer KölnMesse à la ville de Cologne dans l'exécution des engagements contractuels de celle-ci.

52 Dès lors, il convient de conclure que, dans le cadre de l'opération en cause, le seul cocontractant de GKM-GbR est la ville de Cologne. En tant que collectivité territoriale, celle-ci constitue un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er, sous b), de la directive 93/37.

53 En second lieu, il convient d'aborder la question de la qualification juridique de l'opération en cause, aux fins de vérifier si celle-ci constitue un marché public de travaux au sens de la réglementation communautaire.

54 À cet égard, il importe de rappeler tout d'abord que, conformément à la jurisprudence de la Cour, cette qualification juridique relève du domaine du droit communautaire et que la qualification donnée en droit national n'est pas pertinente à cet effet (voir, en ce sens, arrêt Auroux e.a., précité, point 40 et jurisprudence citée). De même, la qualification d'un contrat donnée par les parties contractantes n'est pas non plus déterminante.

55 Il y a lieu de souligner ensuite que la définition de la notion de «marché public de travaux» contenue à l'article 1er, sous a), de la directive 93/37 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, sous c), de la même directive. 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.

56 Pour ce qui est de l'objet de l'opération en cause, il convient de relever que le contrat principal, conclu le 6 août 2004 entre la ville de Cologne et GKM-GbR, est formellement qualifié de «contrat de location» et qu'il contient effectivement des éléments relevant d'un contrat de location. Toutefois, force est de constater que, à cette date, la construction des ouvrages en question n'avait même pas été entamée. Par conséquent, ce contrat ne pouvait pas avoir comme objectif immédiat la location d'immeubles dont la construction n'avait pas encore commencé. Ainsi, l'objectif

prioritaire de ce contrat ne pouvait logiquement être que la construction desdits ouvrages, qui devraient par la suite être mis à la disposition de la ville de Cologne par le biais d'une relation contractuelle qualifiée de «contrat de location».

57 Or, conformément à la jurisprudence de la Cour, lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché, c'est l'objet principal du contrat qui détermine les règles communautaires applicables.

58 Il convient de constater en outre que les ouvrages concernés ont été réalisés conformément aux spécifications très détaillées explicitées par la ville de Cologne dans le contrat principal. Il ressort de ce contrat et de ses annexes que lesdites spécifications, qui se rapportent à un descriptif précis des bâtiments à construire, de leur qualité et de leurs équipements, vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire à l'égard d'un nouvel immeuble d'une certaine envergure.

59 Dès lors, force est de conclure que le contrat principal avait comme objectif primaire l'édification des halls d'exposition en question conformément aux besoins précisés par la ville de Cologne. En outre, lesdits halls constituent un «ouvrage» au sens de l'article 1er, sous c), de la directive 93/37, dans la mesure où ils sont destinés à remplir par eux-mêmes une fonction économique, et leur valeur est de loin supérieure au seuil prévu à l'article 6 de la même directive. Au surplus, ce contrat a été conclu à titre onéreux, GKM-GbR ayant agi en l'occurrence en tant qu'entrepreneur, indépendamment de la circonstance qu'elle a fait réaliser cet ouvrage en sous-traitance (voir, en ce sens, arrêt du 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, Rec. p. I-5409, point 90), et la ville de Cologne est un pouvoir adjudicateur. Ledit contrat doit donc être qualifié de marché public de travaux au sens de l'article 1er, sous a), de la directive 93/37.

60 Cette conclusion n'est pas remise en cause par l'argument que la République fédérale d'Allemagne tire du fait que le montant total devant être versé à GKM-GbR à titre de loyers, qui s'élèvera finalement à environ 600 millions d'euros, est bien supérieur au

coût de la construction des ouvrages, qui s'est élevé à environ 235 millions d'euros, ce qui prouverait que l'élément «services» de l'opération en cause est prépondérant.

61 En effet, l'élément déterminant aux fins de la qualification d'un marché tel que celui en cause est l'objet principal de celui-ci, et non le montant de la rémunération de l'entrepreneur ou les modalités de règlement de celle-ci. En outre, une comparaison directe entre les deux montants susvisés, considérés en chiffres absolus, n'est pas possible, dans la mesure où le montant approximatif de 600 millions d'euros sera payé par des versements mensuels échelonnés sur près de 30 ans, tandis que le montant de 235 millions d'euros correspond à la valeur du coût des travaux lors de leur achèvement à la fin de l'année 2005. En réalité, le montant de 600 millions d'euros, considéré en valeur actualisée au moment de l'achèvement des travaux, s'approche considérablement du montant de 235 millions d'euros. En tout état de cause, même si une partie dudit montant de 600 millions d'euros devait représenter la rémunération d'un élément propre à la location, cette partie serait nécessairement peu importante et ne saurait influer sur la qualification du marché en cause.

62 De même, n'est pas pertinent aux fins de la qualification du marché en cause le fait que le contrat principal ne prévoit, éventuellement, pas une option ou une obligation de rachat, dans le chef de la ville de Cologne ou de KölnMesse, portant sur les bâtiments construits (voir, en ce sens, arrêt Auroux, précité, point 47).

63 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de conclure que le contrat principal du 6 août 2004, considéré dans le contexte général de l'opération en cause, constitue un marché public de travaux au sens de l'article 1er, sous a), de la directive 93/37 qui aurait dû être passé conformément aux règles des articles 7, paragraphe 4, et 11 de la même directive. Le recours de la Commission doit, dès lors, être accueilli.

64 Par conséquent, il convient de constater que la ville de Cologne ayant conclu avec GKM-GbR le contrat du 6 août 2004 sans appliquer la procédure de passation de marché prévue aux dispositions des articles 7, paragraphe 4, et 11 de la directive 93/37,

la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ces dispositions.

Sur les dépens

65 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation de la République fédérale d'Allemagne et celle-ci ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) déclare et arrête:

1) **La ville de Cologne ayant conclu avec Grundstücksgesellschaft Köln Messe 15 bis 18 GbR, devenue Grundstücksgesellschaft Köln Messe 8-11 GbR, le contrat du 6 août 2004 sans appliquer la procédure de passation de marché prévue aux dispositions des articles 7, paragraphe 4, et 11 de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de ces dispositions.**

2) **La République fédérale d'Allemagne est condamnée aux dépens.**

Signatures