

ENVIRONNEMENT ET DÉVELOPPEMENT DURABLE



Bénédicte MAZEL,
avocat au Barreau de Paris,
Cabinet Gide, Loyrette, Nouel



Jean-Nicolas CLÉMENT,
avocat au Barreau de Paris,
Cabinet Gide, Loyrette, Nouel

Questions sectorielles

INDUSTRIES EXTRACTIVES

28 Contrat de fortage et commande publique

Alors que l'étau de la mise en concurrence préalable se resserre autour des activités exercées sur les propriétés publiques, l'arrêt rendu le 23 février 2017 par la cour administrative d'appel de Versailles écarte la qualification d'un contrat de fortage en marché public, à la lumière notamment des obligations de remise en état pesant sur l'exploitant d'une activité classée. Se plaçant dans le prolongement direct de la jurisprudence dite « commune de Saint-Germain », cet arrêt montre que celle-ci n'est pas d'application systématique et nécessite une analyse au cas par cas.

CAA Versailles, 23 fevr. 2017, n° 15VE03624, n° 15VE03754, n° 16VE01816, Sté GSM et a. : JurisData n° 2017-007814

NOTE : Le 31 mai 2006, la commune d'Achères et la société GSM ont conclu un contrat de fortage aux termes duquel la commune d'Achères s'engageait, sous la réserve notamment de l'obtention d'un arrêté préfectoral d'autorisation purgé de tout recours –arrêté délivré le 18 août 2009-, à mettre ses terrains à la disposition de GSM, afin que celle-ci les exploite comme carrière, en contrepartie du paiement d'une redevance. L'ensemble des conditions suspensives ayant été levées, une délibération en date du 14 septembre 2011 autorisait la signature d'avenant permettant la mise en œuvre du contrat et ses conditions financières.

La particularité des terrains en cause est qu'ils sont constitués d'anciennes terres agricoles, ayant servi, de la fin du 19^e siècle jusqu'à la fin du 20^e siècle, à l'épandage des eaux usées notamment celles de la ville de Paris. À l'arrêt des épandages à la fin des années 1990, une forte contamination notamment par des métaux lourds a été constatée en particulier dans les horizons superficiels (terres de découvertes) ; or, ceux-ci doivent être décapés avant de pouvoir atteindre le gisement exploitable, ce qui ne pouvait pas ne pas être pris en compte par les parties au contrat de fortage.

C'est ainsi que GSM s'engageait à réaliser les « travaux de traitements liés à la pollution » pour qu'au terme de l'exploitation du site et de sa remise en état, les terrains puissent être réutilisés conformément aux dispositions de l'article L. 512-6-1 du Code de l'environnement. L'arrêté préfectoral d'autorisation fixait les caractéristiques et les modalités précises de réalisation de ces travaux de remise en état, en imposant, d'une part, le décapage et le stockage des terres souillées, d'autre part, de traiter la contamination en remblayant les zones extraites avec les terres impactées en métaux puis en les recouvrant de terres inertes. En raison de ces contraintes particulières, induisant mécaniquement des surcoûts pour l'exploitant, le contrat prévoyait un abatement sur la redevance due en contrepartie du droit de fortage.

C'est dans ces conditions que le 15 novembre 2011, la société ECOSSEV saisissait le tribunal administratif de Versailles de

recours tendant à l'annulation de la délibération du 14 septembre 2011 approuvant les avenants et de la décision de signer la convention de fortage en 2006. Par un jugement en date du 1^{er} octobre 2015 (TA Versailles, 1^{er} oct. 2015, n° 11006599 et 1200507), le tribunal administratif, après avoir admis la recevabilité des requêtes, faisait droit à ces demandes d'annulation en considérant que « la convention de fortage met à la charge de la société GSM des travaux de dépollution, distincts des travaux de remise en état du site tels que prévus par le Code de l'environnement ». La société GSM interjetait appel de ce jugement. Par l'arrêt commenté – intervenu au terme d'une procédure complexe où, après une première audience, des conclusions du rapporteur public favorables à la confirmation du jugement et une note en délibéré de la société GSM, l'instruction a été de nouveau ouverte et une seconde audience s'est tenue –, la cour administrative d'appel de Versailles a annulé ce jugement et rejeté la requête d'ECOSSEV.

1) Dans le cadre du présent commentaire, nous ne nous intéresserons qu'à la qualification et au régime du contrat de fortage. Mais, il ne manquera pas d'être relevé que la cour se prononce tout d'abord sur la recevabilité temporelle de la requête en considérant – ce qui mériterait en soi un commentaire à part entière sous l'angle des règles de la procédure contentieuse – que, dès lors que l'essentiel de la convention a été mis « à disposition du public dès le 20 octobre 2008 dans le cadre de l'enquête publique préalable à l'autorisation préfectorale », enquête ayant fait l'objet d'une large publicité, « ECOSSEV, qui était parfaitement informée de ce projet... a été informée de l'existence de la décision contestée... ; que, dès lors, elle était en mesure d'exercer dès l'année 2008 un recours contre la décision attaquée. ». Ainsi, à l'heure où la publicité des contrats administratifs déclenche les nouvelles voies de leur contestation (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne : JurisData n° 2014-006635), la cour remet un peu de réalisme dans la notion si figée et réductrice de la connaissance acquise.

2) Sur le fond, question se posait de savoir si derrière le contrat de fortage, l'opérateur satisfaisait ou non à un besoin de la collectivité et, plus précisément, quelle était la cause même du contrat : l'existence d'un marché public est caractérisée, si les travaux pris en charge par l'opérateur privé, non seulement répondent aux besoins de la personne publique, mais constituent la cause première et déterminante de la convention.

C'est à l'aune de ces principes que, s'agissant des contrats de fortage, la question est somme toute devenue classique depuis la décision du Conseil d'État du 3 juin 2009 (CE, 3 juin 2009, n° 311798, Cne Saint-Germain-en-Laye : JurisData n° 2009-009904). Dans la mesure où l'arrêt commenté doit se lire par contraste avec cette décision du Conseil d'État, il faut rappeler que, dans cette affaire, la commune de Saint-Germain-en-Laye entendait voir réhabiliter des terrains pollués – également situés dans la plaine d'Achères – en vue d'y développer des espaces paysagers ou forestiers, d'y créer un centre de recherche et d'y installer le centre d'entraînement du club du Paris Saint-Germain ; pour financer l'acquisition de ces terrains, ainsi que leur dépollution, la commune, dans le cadre d'un fortage, en confiait la charge à un opérateur moyennant le droit d'exploiter un gisement de granulats sur une partie

des terrains, la ville percevant une redevance de fortage tenant compte des charges de dépollution incombant à l'opérateur. Dans ces conditions, le Conseil d'État avait considéré que « ce contrat administratif devait être regardé comme un marché public de travaux au sens de l'article 1^{er} de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 ; que la circonstance que la commune n'assurerait 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. »

3) C'est à l'évidence en voulant se placer dans le prolongement de cette jurisprudence que, dans l'affaire opposant la commune d'Achères et GSM à ECOSSEV, le tribunal administratif de Versailles requalifiait le contrat de fortage en marché public de travaux, au motif que ce contrat viendrait répondre, à titre onéreux, aux besoins de la ville d'Achères. La cour administrative d'appel de Versailles considère pour sa part – par un motif surabondant, puisqu'elle commence par juger que la requête de la société Ecossev devait être considérée comme tardive et partant irrecevable – qu'« eu égard à leur objet » les stipulations de la convention « ne constituent pas un marché de travaux au sens du droit de l'Union européenne, divisible de la convention de fortage et, à ce titre, soumis à des mesures de publicité et de mise en concurrence ». Pour comprendre cette position, il faut reprendre les faits à l'aune de la grille d'analyse fixée par le Conseil d'État dans son arrêt commune de Saint Germain-en-Laye précité.

Au plan factuel, il sera tout d'abord relevé que dans le cas d'espèce, et à la différence de celui ayant abouti à la décision du Conseil d'État, le contrat de fortage ne comportait pas la réalisation de travaux portant sur des terrains autres que ceux inclus dans l'autorisation préfectorale d'exploiter la carrière : ce point était essentiel puisqu'il y avait ainsi une parfaite adéquation géographique du champ contractuel et du champ des prescriptions environnementales fixées par l'arrêté préfectoral d'autorisation d'exploiter. Mais, c'est au plan de l'analyse en droit que la situation traitée par la cour de Versailles se distingue de celle ayant donné lieu à l'arrêt Commune de Saint Germain-en-Laye. En effet, s'il est constant que pour pouvoir être requalifié en marché public de travaux, le contrat de fortage doit comporter la réalisation de travaux répondant aux besoins spécifiques de la personne publique, précisés par celle-ci, et dissociables de l'exploitation normale du gisement concédé, tel n'était pas le cas dans la situation d'espèce.

De fait, les travaux d'excavation et de traitement des terres polluées n'avaient pas de finalités autres que de satisfaire aux besoins de l'exploitation et de respecter les obligations pesant sur l'exploitant d'une carrière, en termes de conduite d'opérations puis de remise en état du site, et résultant tant de dispositions générales (notamment l'article L. 512-6-1 du Code de l'environnement et l'arrêté du 22 septembre 1994 relatif aux exploitations de carrières et aux installations de premier traitement des matériaux

de carrières) que des prescriptions fixées au plan individuel par l'arrêté préfectoral d'autorisation. À cet égard, si l'accès au gisement supposait par nature un décapage des terres de découverte, la commune d'Achères n'a jamais exprimé le besoin d'une « dépollution » des terrains qui, s'ils n'étaient pas exempts de contaminations, pouvaient d'ores et déjà faire l'objet d'un aménagement futur.

Quant à la question de la gestion des terres contaminées (utilisation comme remblai du vide de fouille puis être couvertes par des terres saines), elle permet de rappeler deux principes. D'une part, sous l'angle environnemental, la remise en état post-exploitation ne doit pas être confondue avec un retour à la situation ex-ante, et en l'espèce il aurait été particulièrement contre-productif au plan environnemental de se borner à replacer des terres contaminées. D'autre part, sous l'angle de la commande publique, la satisfaction d'un « objectif public d'intérêt général » (tel celui d'une amélioration de la salubrité publique), ne suffit pas en lui-même à caractériser la réponse à un besoin de la collectivité publique (V. en ce sens, CJUE, 25 mars 2010, aff. C-451/08, *Helmut Müller GmbH* : *JurisData* n° 2010-003820. – Cass. com., 23 juin 2015, n° 14-12.419, *Passenau c/ SNCF* : *JurisData* n° 2015-015601), de même que le simple fait que la personne publique définisse des prescriptions applicables aux travaux à réaliser, n'emporte pas, à lui seul, la qualification du contrat en marché public. C'est là affaire de proportion et de logique : dans l'affaire Commune de Saint-Germain-en-Laye, le Conseil d'État relevait que le contrat de fortage imposait la satisfaction de besoins allant au-delà des « exigences de la DDE et de la DRIRE et la réglementation prescrite par le Code de l'environnement », et donc un « intérêt économique direct » détaillé par et pour la personne publique (sur cette notion, V. CAA Douai, 25 oct. 2012, n° 11DA01951, *Sté Immobilière Carrefour* : *JurisData* n° 2012-035203) ; en l'espèce, GSM pouvait établir la conformité de son action avec les prescriptions générales comme individuelles de remise en état des carrières au terme de leur exploitation.

4) Les travaux de remise en état et leur contribution à l'intérêt général ne font donc pas nécessairement tomber les contrats de fortage dans le champ de la commande publique : cela doit résulter d'une analyse au cas par cas et c'est bien là la logique de la jurisprudence « commune de Saint-Germain » rappelée par la cour ici et qui perdurera s'agissant des fortages sur le domaine privé. En revanche, s'agissant des fortages sur le domaine public, l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017, et le nouvel article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques les soumettent, désormais et à l'instar de toutes les autorisations d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique, à une procédure de publicité et mise en concurrence préalable.

Bénédicte MAZEL et Jean-Nicolas CLÉMENT

Mots-Clés : Environnement et développement durable - Questions sectorielles - Industries extractives - Contrat de fortage

JurisClasseur : Environnement et développement durable, Synthèse 220