

Appels à projet valorisant le domaine des collectivités : quels risques de requalification en commande publique ?

Les appels à projet (également dénommés « appels à manifestation d'intérêt ») se multiplient désormais au sein des collectivités locales qui n'hésitent plus à utiliser cet outil innovant de valorisation de leur patrimoine.



Pierre LE BOUEDEC
Avocat au Barreau de Paris
Cabinet SYMCHOWICZ WEISSBERG
et Associés

Un appel à projet permet en effet aux collectivités, sous le sceau de la souplesse, de solliciter l'initiative privée en vue de la réalisation de projets sur leur domaine, soit occupé soit cédé à cette occasion. Ce type de démarche se distingue d'une commande publique dans la mesure où celle-ci ne vise pas à répondre à un besoin, en ouvrage ou en service, de la personne publique et dont celle-ci aurait l'initiative.

Mais il faut bien avouer que la frontière entre l'appel à projet et un contrat de concession ou un marché public est parfois mince, dès lors que l'opération est susceptible de comporter des travaux ou services bénéficiant à la collectivité ou la population. Dans un tel cas, le risque de requalification peut aboutir au constat de l'illégalité du contrat ou de sa procédure de conclusion, faute d'avoir respecté la procédure de mise en concurrence idoine imposée par le code de la commande publique.

À cet égard, un avis rendu par le Conseil d'État le 22 janvier 2019^[1] est venu préciser la méthodologie d'analyse que doit suivre le juge s'il est saisi de la question de la qualification du contrat litigieux. En l'espèce, le gouvernement avait formulé une demande d'avis relatif aux conditions de réalisation de



passerelles innovantes sur la Seine, projet 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* ». Et, selon la haute juridiction, pour caractériser ou non un contrat de la commande publique, il convient de se poser la double question de savoir si (i) le contrat qu'il est envisagé de conclure à l'issue de l'appel à projets répond à un besoin de la personne publique et, dans l'affirmative, (ii) s'il existe une contrepartie onéreuse aux prestations demandées.

La contrepartie onéreuse

La seconde condition, tenant à la contrepartie onéreuse de l'opération, peut être rapidement examinée. En effet, le Conseil d'État relève que « *le cahier des charges indique [...] que les passerelles « seront destinées à différents usages urbains selon un modèle économique à inventer... »* et

considère, en conséquence, que « 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 ». Autant dire que cette condition devrait être systématiquement reconnue, ce qui est assez logique puisque les occupations ou concessions domaniales impliquent, par nature, un droit pour l'opérateur privé d'exploiter le domaine qui, à tout le moins, aura un caractère onéreux au sens du droit des concessions.

Le besoin à satisfaire

C'est donc bien sur le sujet du besoin à satisfaire que réside l'enjeu de la requalification en commande publique.



À cet égard, le Conseil d'État indique que si les travaux en question figurent sur la « liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique » (qui figure en annexe 1 du Code de la commande publique), il existe une forme de présomption de réponse à un besoin de la personne publique. Et c'est pour cette principale raison que le Conseil d'État a considéré que le projet de passerelles innovantes sur la Seine, faisant l'objet de la demande d'avis, devait être considéré comme un contrat de la commande publique, ce qui démontre ainsi la réalité du risque de requalification.

Et si les travaux en cause ne figurent pas sur cette liste, le juge doit alors vérifier si la collectivité a fixé des exigences et exercé une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage à travers, par exemple, la rédaction d'un programme de travaux ou encore d'un cahier des charges contenant des prescriptions

techniques et architecturales. Bien évidemment, une telle analyse s'effectue au cas par cas, mais il semble que la collectivité bénéficie d'une certaine marge de manœuvre, puisque si la personne publique n'a pas excédé le rôle qui lui incombe en tant que gestionnaire du domaine, le juge refusera alors d'y voir une commande publique, malgré le caractère d'intérêt général qui pourrait s'attacher au projet retenu^[2].

Cette solution, rendue dans le cadre de la seule occupation du domaine public, est transposable en matière de cessions de parcelles relevant du domaine privé de personnes publiques^[3]. Aussi, rien n'interdit à la collectivité, lorsqu'elle entend céder une parcelle relevant de son domaine privé, de fixer un certain nombre de prescriptions afin de préserver l'intérêt général qu'elle poursuit, en vue de sélectionner l'acquéreur dont le projet répondra au mieux à ces orientations, dès lors que celles-ci demeurent formulées dans

des termes suffisamment généraux pour laisser transparaître l'origine privée de l'initiative^[4].

Certes, certaines jurisprudences ont censuré des ventes comportant des charges trop importantes et précises pesant sur l'acquéreur^[5], tandis que la Cour de justice de l'Union européenne a pu considérer que la détermination par la collectivité publique de l'affectation de l'immeuble révélait l'intérêt économique direct de cette dernière^[6] et donc un contrat de la commande publique.

Mais les jurisprudences les plus récentes semblent plutôt permissives, puisqu'il a été admis que les prescriptions posées par la collectivité peuvent non seulement porter sur la vocation (commerciale, économique, sociale...) du projet mais également sur l'affectation que l'acquéreur/promoteur devra donner aux différentes surfaces à réaliser. C'est ce qui résulte du jugement rendu dans le cadre du projet de construction de



la Tour Triangle à Paris, et dans lequel celui-ci a estimé que « les travaux en question ne peuvent pour autant être regardés comme tendant à la réalisation d'un ouvrage correspondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, exécutés dans son intérêt économique direct », quand bien même le contrat litigieux imposait « à la société civile immobilière Tour Triangle de faire réaliser un projet immobilier essentiellement à vocation économique, aux caractéristiques prédéfinies dans la promesse de bail à construire s'agissant de la destination des surfaces »^[7]. Au surplus, ajoutons que cette analyse ne saurait être remise en cause par la possibilité ouverte dans le cahier des charges au bénéfice de l'opérateur sélectionné, d'obtenir une modification du PLU pour permettre la réalisation de ce projet^[8].

Plus encore, quand bien même il existerait des travaux satisfaisant les besoins de la collectivité^[9], « il convient de procéder à une analyse objective du marché considéré dans son ensemble », c'est-à-dire rechercher quel a été le but poursuivi par la personne publique lors de la conclusion du contrat. Ainsi, « l'opération en cause doit être examinée dans son ensemble, de manière unitaire, aux fins de sa qualification juridique »^[10]. À titre d'illustration, il a été jugé, au sujet d'une cession d'une parcelle du domaine privé à un opérateur en vue de l'édification d'un centre commercial, dans le cadre de laquelle ce dernier s'était engagé à créer une voirie nouvelle et un carrefour giratoire pour un coût évalué à 2 000 000 d'euros qu' « il ressort [...] des termes de la délibération, du manque de spécification précise

des ouvrages envisagés, de l'absence de formalisation d'un projet d'accord sur ce point et de l'intérêt particulier de la société de distribution nœuxoise à leur réalisation pour l'exploitation du futur centre commercial quand bien même la commune en retirerait un intérêt économique direct, qu'en dépit de leur montant, ces travaux ne constituent pas l'objet principal du contrat entre la commune et la société de distribution nœuxoise, lequel porte sur l'aliénation d'un immeuble, dont ils ne sont que l'accessoire »^[11]. Le contrat sera donc qualifié de commande publique uniquement si son objet principal, sa raison d'être, est la satisfaction du besoin de la personne publique.

En définitive, il existe une marge de manœuvre certaine puisque l'intérêt

économique direct d'une personne publique à la réalisation d'un ouvrage ne saurait se déduire de l'existence de prescriptions, aussi précises soient-elles, ayant seulement vocation à préserver l'intérêt général poursuivi par la collectivité, dès lors que celle-ci n'excède pas son rôle de gestionnaire du domaine, en s'immisçant dans la

conception ou dans la réalisation des travaux. Et encore, si les travaux litigieux restent accessoires par rapport à l'objet principal du contrat, le risque de censure paraît réduit. Malgré tout, il convient de rester vigilant, et de toujours avoir à l'esprit la grille d'analyse du juge qui vient d'être exposée, pour éviter le risque de requalification

du contrat qui reste prégnant. La preuve en est, pour le projet de passerelles innovantes, le Conseil d'État a conseillé à la Ville de Paris de renoncer à ce projet ou d'engager une nouvelle procédure respectant les règles de la commande publique...■



[1] CE avis, Section de l'administration, 22 janvier 2019, n°396221, avis relatif aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine.

[2] CAA Marseille, 10 mai 2016, Société le Royaume des arbres, req. n°14MA03197 : « si l'activité de la société Belper contribue au développement touristique de la commune de Cassis et présente ainsi un intérêt général, cette seule circonstance ne suffit pas à lui conférer le caractère d'un service public ; que les contraintes imposées au cocontractant relatives notamment à l'obligation d'entretien par l'occupant du mur d'escalade et à l'agrément préalable de la commune quant au choix des arbres et à leur suivi sanitaire et à l'installation du matériel ne révèlent pas que la personne publique exercerait un contrôle sur l'activité en cause excédant la nécessaire protection du domaine public ; qu'ainsi, cette convention ne constitue pas une délégation de service public, mais une

convention d'occupation du domaine public ».

[3] CAA Lyon, 4 juillet 2013, Société Apsys, req. n°12LY01556, « ces travaux ne pourront être regardés comme tendant à la réalisation d'un ouvrage correspondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, exécutés dans son intérêt économique direct, au sens de la directive 2004/18 susvisée, telle qu'interprétée par la Cour de Justice de l'Union Européenne ; qu'un tel intérêt ne saurait être caractérisé par sa seule intention de favoriser le développement économique du centre-ville ; que, dans ces conditions, la cession immobilière en vue de laquelle ce contrat est passé, alors même qu'elle met à la charge du preneur des obligations, ne saurait être assimilée à un contrat relevant de la commande publique, que ce soit au regard du droit communautaire ou du droit national ».

[4] CAA Bordeaux, 18 juillet 2016,

Société Lory, req. n°15BX00192.

[5] CAA Marseille 25 février 2010, Commune de Rognes, req. n°07MA03620 : AJDA 2010, p.1200.

[6] CJUE, 25 mars 2010, Helmut Müller, aff. C-451/08.

[7] TA Paris, 6 mai 2019, Association SOS Paris, req. n°1801863/4-2.

[8] TA Paris, 6 mai 2019, Association SOS Paris, req. n°1801863/4-2, préc.

[9] Conclusions Trstenjak sur la décision Commission c./ RFA CJUE, 29 octobre 2009, aff. C-536/07.

[10] CJUE, 6 mai 2010, Club Hotel Loutraki AE c/ Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, aff. C-145/08.

[11] CAA Douai, 15 octobre 2012, Société immobilier Carrefour, req. n°11DA01951. Voir également en ce sens : CAA Versailles, 4 octobre 2012, Commune de Corbeil-Essonnes, req. n°10VE0256 ; CAA Versailles, 16 novembre 2017, Commune de Langlade, req. n°16LY03824.