

CONSEIL D'ÉTAT**Séance du 22 janvier 2019****Section de l'administration**

N° 396221

**Mme Emmanuelle PETITDEMANGE,
rapporteur****EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS****AVIS****relatif aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine****NOR : CPAX1828916X**

Le Conseil d'Etat a été saisi le 16 janvier 2019 par le Gouvernement d'une demande d'avis relative aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine.

Ce projet a été 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 ».

Cet appel à projets est régi par deux documents : un règlement de la phase d'expression d'intérêt, commun à tous les projets, et un document par site intitulé « Site Specific Requirements » (SSR) qui constitue le cahier des charges par lequel chaque ville précise les réglementations et les procédures applicables à son projet de réaménagement. En outre, la Ville de Paris envisage la conclusion d'un protocole de partenariat reprenant l'essentiel des développements issus de ces deux documents qui fixerait plus précisément les conditions d'un partenariat impliquant la ville, l'Etat, Port autonome de Paris (PAP) et Voies navigables de France (VNF) dont les dépendances domaniales sont, à divers titres, concernées par les projets de passerelles.

Selon le schéma envisagé par la Ville de Paris, chaque propriétaire (ou gestionnaire du domaine public) devrait délivrer in fine au lauréat retenu un titre d'occupation du domaine public constitutif de droits réels conformément à la législation domaniale qui lui est applicable.

Le Gouvernement a identifié, à l'issue de la phase d'expression des intérêts qui se clôturait le 31 mai 2018, trois séries de difficultés juridiques relatives aux conditions de faisabilité des projets immobiliers envisagés par la Ville de Paris dans le cadre de cet appel à projets, pour lesquelles il sollicite l'avis du Conseil d'Etat :

1° a) Compte tenu du degré de définition de ses besoins propres par la Ville de Paris qui pourrait être déterminé au vu des diverses exigences de la collectivité telles qu'elles résultent du contexte et des documents de l'appel à projets « passerelles sur la Seine », la conclusion de titres d'occupation du domaine public dans un tel cadre est-elle exposée à un risque de requalification en contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ?

b) En cas de réponse affirmative, cette situation devrait-elle conduire à un abandon pur et simple de la procédure par la Ville de Paris et selon quelles modalités ou bien pourrait-elle être poursuivie de manière régulière si les personnes publiques concernées consentaient au profit de la Ville de Paris à un transfert de gestion de leur domaine public ou à une superposition d'affectations au sens des articles L. 2123-3 ou L. 2123-7 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) ?

2° a) Les dispositions du 1° ou, le cas échéant, du 2° de l'article L. 2122-1-2 du CG3P, qui permettent de ne pas organiser de procédure de sélection préalable à la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public sont-elles applicables en l'espèce ?

b) En cas d'application de l'article L. 2122-1-1 du même code, la circonstance que les titres d'occupation du domaine public seraient délivrés respectivement par l'Etat, PAP ou VNF, à l'issue d'une procédure au cours de laquelle les premières mesures de publicité et de sélection préalable ont été organisées par une autre autorité (en l'espèce la Ville de Paris), contrevient-elle aux dispositions du premier alinéa de cet article, qui impliquent que l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester ? Si tel est le cas, cette irrégularité est-elle régularisable par l'accord indépendant et unanime de l'ensemble des personnes publiques pour désigner un lauréat et, en particulier, de la ou des autorités compétentes pour lui délivrer le ou les titres d'occupation ?

3° a) Les dispositions de l'article L. 2122-5 du CG3P qui interdisent la constitution de droits réels sur le domaine public naturel trouvent-elles à s'appliquer, en tout ou partie, dans le cadre de la construction des passerelles en surplomb du domaine public fluvial naturel, en l'état des prescriptions techniques figurant dans le dossier de l'appel à projets et compte tenu des différents régimes de domanialité publique qui y sont décrits ?

b) Dans l'affirmative, quelle nature de droits pourrait être accordée aux lauréats de l'appel à projets par les personnes publiques intéressées ?

Vu la Constitution ;

Vu le code général de la propriété des personnes publiques ;

Vu le code des transports ;

Vu l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ;

Vu l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ;

Vu le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;

Vu le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession ;

EST D'AVIS

qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

1. Le concours urbain objet de la présente demande d'avis comporte, en l'état des informations transmises au Conseil d'Etat, deux volets. Il implique, d'une part, la conception et la réalisation de trois passerelles sur la Seine implantées respectivement entre les 4^e et 5^e arrondissements, les 12^e et 13^e arrondissements et les 15^e et 16^e arrondissements. Il appelle, d'autre part, l'élaboration d'un projet d'animation touristique autour de ces passerelles et des quais attenants, comprenant le développement d'activités récréatives, de loisirs, de restauration et commerciales et, le cas échéant, l'édification de nouvelles constructions susceptibles de les abriter.

2. En l'état des informations disponibles, il apparaît que la Ville de Paris et Port autonome de Paris (PAP) sont intéressés à cette procédure. L'appel à projets a également impliqué l'Etat en tant que propriétaire du domaine public fluvial naturel dont la gestion est confiée à Voies navigables de France (VNF), exception faite du domaine public fluvial naturel géré par PAP, et VNF en tant que gestionnaire de ces dépendances.

I. Sur les questions relatives à la qualification du contrat

a) Sur le risque de requalification des titres d'occupation domaniale en contrat de la commande publique

3. Il résulte des textes applicables au cas d'espèce – ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ainsi que leurs décrets d'application – que sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Le juge retient la qualification de convention d'occupation domaniale dès lors que le contrat n'a pas pour objet de répondre aux besoins de la personne publique (CE 10 mars 2006 *Sté Unibail* n° 284802, inédite; CE 3 décembre 2014 *Etablissement public Tisséo* n° 384170, aux Tables). Par ailleurs une prestation ne relève de la commande publique que si elle comporte un « intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur », tel n'étant pas le cas lorsqu'elle « vise à satisfaire un objectif public d'intérêt général dont il incombe au pouvoir adjudicateur d'assurer le respect » (CJUE, 25 mars 2010 *Helmut Müller* n° C-451/08 ; voir également CE 15 mai 2013 *Ville de Paris* n° 364593, au Recueil). Enfin la CJUE a rappelé récemment que « des contrats [qui] portent non pas sur une prestation de services déterminée par l'entité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale ... ne relèvent pas de la catégorie des concessions de services » (CJUE 14 juillet 2016 *Promoimpresa Srl* n° C-458/14, § 47).

4. En l'espèce, la question se pose de savoir si le contrat qu'il est envisagé de conclure à l'issue de l'appel à projets répond à un besoin des personnes publiques associées et, dans l'affirmative, s'il existe une contrepartie onéreuse aux prestations demandées.

5. Or, d'une part, il ressort tout d'abord du cahier des charges que les passerelles envisagées, bien que destinées à plusieurs usages, ont vocation à être utilisées comme axe de déplacement et de franchissement de la Seine. La création de nouvelles voies et leur affectation à la circulation, y compris piétonne, relèvent de la satisfaction d'un besoin public. Les ponts figurent, en outre, sur la « liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique » publiée au *Journal officiel* du 27 mars 2016 en application du 1° du I de l'article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du 1° du I de l'article 6 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, pour lesquelles existe une forme de présomption de réponse à un besoin de la personne publique. En effet, lorsqu'un pouvoir adjudicateur confie la conception et la réalisation d'un pont à un opérateur économique, il n'est pas nécessaire de vérifier, comme le prévoit le 2° de ces dispositions pour les ouvrages ne figurant pas sur la liste, que ce dernier a fixé des exigences et exercé une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage. En tout état de cause, tel semble être le cas des passerelles sur la Seine puisque le cahier des charges de l'appel à projets précise le programme attendu des candidats pour chaque site, en distinguant selon les zones (« au-dessus du fleuve », « sur les emprises des quais hauts »), et leur impose des prescriptions techniques découlant, pour certaines, des règles d'urbanisme et de sécurité, mais tenant également, pour d'autres, au maintien des activités économiques ou industrielles existantes pour lesquelles PAP a délivré des titres d'occupation. Sans être extrêmement précis, les « dix défis à relever » à teneur écologique qui figurent dans le règlement de la manifestation d'intérêt constituent également des éléments complémentaires de cadrage du besoin des personnes publiques associées au projet. Compte tenu des missions respectives de ces personnes publiques, ce contrat répondrait au moins aux besoins de la Ville de Paris.

6. D'autre part, ce même règlement précise, dans son annexe 1, que la proposition financière et le montage financier font partie des éléments de l'offre que les équipes candidates soumettront dans le cadre de la seconde phase de l'appel à projets. Le cahier des charges indique, lui, que les passerelles « seront destiné[e]s à différents usages urbains selon un modèle économique à inventer... ». Ainsi, s'il n'est pas possible de déterminer avec précision les termes de l'équilibre financier du contrat final, qui sont du reste encore inconnus à ce stade, 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.

7. Il résulte de ce qui précède que l'opération envisagée dans le cadre de l'appel à projets lancé par la Ville de Paris relève d'un contrat de la commande publique, sans qu'il soit possible à ce stade de se prononcer sur la nature exacte du contrat final.

8. Il paraît en effet difficile de se prononcer sur sa nature de marché public ou de concession. S'ils semblent pencher vers la qualification de concession en raison de l'exploitation des activités commerciales et de loisirs qui paraît associée à la construction des passerelles, le cahier des charges et le règlement de la manifestation d'intérêt, qui laissent aux candidats toute latitude pour proposer le modèle financier associé à leur offre, ne permettent pas de trancher entre ces deux formes. Il n'est pas possible *a fortiori* de prendre parti sur le rattachement du contrat final à un marché public, ou une concession, de travaux ou de services dès lors qu'à ce stade l'équilibre retenu entre ces deux prestations et, par suite, l'objet principal du contrat restent inconnus.

b) Sur les conséquences à tirer d'une requalification en contrat de la commande publique

9. La publicité préalable au choix du lauréat a pour l'heure consisté en la mise à disposition du dossier d'informations sur le site internet dédié « Reinventing Cities » et une communication sur les réseaux sociaux. La procédure a été suspendue par la Ville de Paris peu après le dépôt, par les candidats, de leur première expression d'intérêt au titre de la phase de présélection.

10. La mise à disposition ainsi que les démarches rappelées au point précédent ne peuvent être regardées comme l'une quelconque des procédures de publicité prévues par les textes qui doivent être observées préalablement à la conclusion d'un contrat de la commande publique. La procédure lancée n'est pas, compte tenu de ce vice, susceptible d'être poursuivie de manière régulière et la conclusion d'un contrat, quelle qu'en soit la qualification, à son issue, serait par suite nécessairement entachée d'irrégularité. La circonstance que les personnes publiques concernées pourraient consentir au profit de la Ville de Paris à un transfert de gestion de leur domaine public ou à une superposition d'affectations au sens des articles L. 2123-3 ou L. 2123-7 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) est à cet égard indifférente.

11. La Ville de Paris peut choisir de renoncer à ce projet. Les dispositions du règlement de phase d'expression d'intérêt qui excluent toute forme d'indemnisation des équipes candidates pour leur participation à l'appel à projets ne feraient toutefois pas obstacle à l'application du droit commun de la responsabilité, si des demandes indemnitaires venaient à être formulées par des candidats établissant l'existence d'un préjudice directement causé par l'abandon de la procédure.

12. Il est également loisible à la Ville de Paris d'engager une nouvelle procédure. Si elle renonçait à préciser l'appel à projets initialement conçu, elle devrait alors respecter la procédure formalisée d'appel d'offres prévue pour les marchés publics pour prévenir tout risque juridique sur ce plan. Il a été jugé en effet que la personne publique qui n'est pas, au moment où elle lance un appel à projets, en mesure de déterminer le type de contrat sur lequel celui-ci doit déboucher, est tenue d'appliquer la procédure de passation la plus rigoureuse (CE 7/2 10 juin 2009 *Port autonome de Marseille* n° 317671, aux Tables). La modification de l'appel à projets initial sur l'objet du contrat et le mode de rémunération du cocontractant permettrait de déterminer si le contrat envisagé est un marché ou une concession et d'en tirer les conséquences procédurales.

13. Quelle que soit l'option retenue, il incomberait à la Ville de Paris d'accorder une attention particulière au respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Le risque n'est pas négligeable en effet que les candidats à la procédure d'appel à projet se trouvent avantagés par rapport aux autres candidats, comme l'induisent souvent de telles configurations. Cela suppose par exemple d'inviter les anciens candidats à déposer à nouveau leur candidature compte tenu des éléments portés à leur connaissance dans le cadre de la nouvelle procédure et de laisser suffisamment de temps aux nouveaux candidats pour élaborer leur projet.

II. Sur les questions relatives aux obligations découlant de l'application du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P)

14. Le projet de passerelles met en jeu quatre types de dépendances du domaine public fluvial : les quais hauts, relevant du domaine public routier de la Ville de Paris ; les quais bas, relevant du domaine public artificiel de PAP ; le chenal de navigation, relevant du domaine public fluvial naturel de l'Etat et géré par VNF ; et la bande de 24 mètres de large du plan d'eau, relevant du domaine public fluvial naturel de l'Etat, gérée par PAP.

a) Sur l'applicabilité des dispositions de l'article L. 2122-5 du CG3P qui interdisent la constitution de droits réels sur le domaine public naturel

15. Il résulte des dispositions des articles L. 2111-7 et L. 2111-9 du CG3P, selon lesquelles « *Le domaine public fluvial naturel est constitué des cours d'eau et lacs appartenant à l'Etat, à ses établissements publics, aux collectivités territoriales et à leurs groupements et classés dans leur domaine public fluvial* » et « *Les limites des cours d'eau domaniaux sont déterminées par la hauteur des eaux coulant à pleins bords avant de déborder* », que l'espace compris au-dessus des cours d'eau et lacs ainsi délimités ne relève pas du domaine public fluvial naturel (voir pour le domaine public maritime : CE 6 juin 2018 *Arditty* n° 410651, aux Tables). Il s'ensuit que l'espace situé au-dessus des dépendances du domaine public fluvial naturel gérées par VNF et par PAP ne relève pas du domaine public fluvial naturel.

16. Il ressort en outre des informations transmises au Conseil d'Etat que les passerelles ont seulement vocation à surplomber le domaine public fluvial naturel sans implantation de piles de pont, leurs assises étant situées sur les quais hauts et les quais bas de la Seine, relevant respectivement du domaine public routier et du domaine public fluvial artificiel.

17. Par suite, la construction des passerelles au-dessus de la Seine n'empièterait pas sur le domaine public fluvial naturel et les dispositions de l'article L. 2122-5 du CG3P ne font pas obstacle à ce que des droits réels soient conférés, sur ces passerelles, au lauréat de l'appel à projets. La question 3° b) du Gouvernement est donc sans objet.

18. Il résulte également de ce qui précède que, faute d'occupation, VNF et PAP n'ont pas, au titre des dépendances du domaine public fluvial naturel qu'ils gèrent pour l'Etat, à délivrer de titre d'occupation pour la réalisation du projet de passerelles. L'Etat n'est, en tout état de cause, pas intéressé à la procédure dès lors qu'il a délégué la gestion du domaine public dont il est propriétaire.

19. Le Conseil d'Etat souligne toutefois que les implantations situées dans l'espace compris au-dessus du domaine public fluvial naturel sont réprimées au titre des contraventions de grande voirie, sur le fondement de l'article L. 2132-6 du CG3P, si elles sont susceptibles de nuire à l'écoulement des eaux ou à la navigation. Elles ne doivent pas non plus nuire aux activités portuaires. L'association de VNF et de PAP relève à ce titre d'une bonne pratique.

b) Sur la mise en œuvre de la procédure prévue par l'article L. 2122-1-1 du CG3P

20. Il résulte de ce qui a été dit aux points n^{os} 3 à 8 que le contrat envisagé dans le cadre de l'appel à projets passé par la Ville de Paris relève de la commande publique et doit à ce titre faire l'objet de la procédure de passation applicable aux concessions de travaux ou de l'appel d'offre applicable aux marchés publics (cf. point n° 12). Par suite, les dispositions du 2° de l'article L. 2122-1-2 du CG3P qui permettent de dispenser la délivrance de titres d'occupation domaniale d'une procédure de sélection comportant des mesures de publicité prévues à l'article L. 2122-1-1 « lorsque le titre d'occupation est conféré par un contrat de la commande publique ou que sa délivrance s'inscrit dans le cadre d'un montage contractuel ayant, au préalable, donné lieu à une procédure de sélection » sont ici applicables.

c) Sur la notion d'autorité compétente pour délivrer les titres d'occupation

21. Si une telle procédure devait être organisée, l'autorité compétente au sens du premier alinéa de l'article L. 2122-1-1 du CG3P s'entend du propriétaire ou, s'il est distinct, du gestionnaire du domaine public en cause. En l'espèce, il n'existe pas d'obstacle de principe à ce que la Ville de Paris organise la procédure de sélection prévue par ces dispositions, ni, du reste, la procédure mentionnée au point n° 12, si elle a la qualité de propriétaire ou de gestionnaire des dépendances du domaine public en cause ou, à défaut, si elle a été mandatée par son gestionnaire pour organiser cette procédure.

22. La première hypothèse implique que la Ville de Paris devienne propriétaire des dépendances du domaine public fluvial artificiel de PAP. Les dispositions des articles L. 3113-1 et s. et R. 31131 et s. du CG3P offrent à cet égard une faculté de transfert de propriété à titre gratuit des dépendances du domaine public fluvial de l'Etat ou d'une autre personne public au profit d'une collectivité territoriale.

23. La deuxième hypothèse consiste à faire de la Ville de Paris le gestionnaire de l'ensemble des dépendances du domaine public concernées, notamment par la voie d'un transfert de gestion lié à un changement d'affectation sur le fondement de l'article L. 2123-3 du CG3P dès lors que les « immeubles » au sens de ces dispositions incluent les dépendances du domaine public naturel (CE Section 20 février 1981 *Association pour la protection du site du Vieux Pornichet* n° 6152, au Recueil) et que le changement d'affectation qu'elles impliquent est regardé comme caractérisé en cas de réaménagement de berges pour des activités nautiques et touristiques, comme en l'espèce (CE 8 juillet 1996 *Merie*, n° 121520, au Recueil).

24. Dans la troisième hypothèse, la ville serait simplement mandatée par PAP pour organiser la procédure de sélection. Telle est la vocation du protocole de partenariat envisagé ou, dans le cadre d'un contrat de la commande publique, de la convention constitutive d'un groupement de commandes ou d'un groupement d'autorités concédantes au sens respectivement des articles 28 et 26 des ordonnances du 23 juillet 2015 et du 20 janvier 2016. Aux termes de ces accords, les personnes publiques peuvent s'engager à délivrer une autorisation domaniale au lauréat de la procédure organisée ou, comme c'est le cas du projet de protocole de partenariat transmis au Conseil d'Etat, garder la faculté de lui refuser ce titre à l'issue de la procédure.

Cet avis a été délibéré et adopté par le Conseil d'Etat (section de l'administration) dans sa séance du 22 janvier 2019.

SIGNÉ : Jacques Arrighi de Casanova, président ;
Emmanuelle Petitdemange, rapporteur ;
Valérie Vella, secrétaire de séance.

POUR EXTRAIT CERTIFIE CONFORME :

La secrétaire de la section,

Valérie VELLA