

Appels à projets et requalification des contrats

Le caractère particulièrement séduisant de l'appel à projet ne doit pas faire perdre de vue qu'il existe des risques de requalification importants sur le terrain de la commande publique. L'appel à projets doit certes se rattacher à l'intérêt général porté par la collectivité qui le sollicite, mais il ne peut pas non plus s'y rattacher trop précisément... Si ces conditions n'étaient pas respectées, le contrat finalement conclu pourrait renfermer principalement soit une commande en matière de service, soit une commande en matière de travaux.

L'appel à projets est un dispositif qui permet à une personne publique disposant d'une « ressource » (un bien immobilier, une somme d'argent, mais également une idée de projet culturel, social...) de solliciter l'initiative privée pour sélectionner celui ou celle qui fera la proposition la plus satisfaisante, la plus optimale et/ou la plus innovante... pour valoriser cette ressource.

Les avantages de l'appel à projets sont nombreux : l'outil mobilise l'initiative et l'inventivité privée et permet, ce faisant, de faire participer les citoyens, les entreprises, les associations... à la vie de la Cité. Il conduit à concrétiser des projets qui présentent un lien avec l'intérêt général, mais sans mobiliser, sinon pour partie seulement, des financements publics⁽¹⁾. Il n'est par ailleurs lui-même encadré par aucun texte, si bien que son champ d'application est très étendu (il peut couvrir tout aussi bien l'attribution d'une subvention, l'octroi d'un droit d'occupation, la cession d'un bien, la mise en œuvre d'un projet social, environnemental, culturel, technologique...). Au-delà, l'appel à projets peut être librement façonné par celui qui le sollicite : il peut être conduit par la voie d'une procédure qui s'inspire de certains dispositifs du droit de la commande publique (candidatures puis offres, phases de discussions...), mais il

Auteur

Astrid Boullault
Avocat à la Cour
Cabinet Seban et Associés

Mots clés

Concession de service • Occupation du domaine public
• Requalification • Subvention

(1) L'avantage est souligné en doctrine : S. Braconnier et E. Perois, « procédure d'appel à projets : un régime de semi liberté », *Contrats et marchés publics*, juin 2019, n° 5 ; H. Hoepffner, « responsabilité et promesses non tenues dans le cadre d'un appel à projets », *Contrats et marchés publics* 2020, comm.21.

peut au contraire – et c'est là tout l'intérêt – renfermer des règles très ouvertes et très souples qui permettent de sélectionner un ou plusieurs projets sans être enfermé dans des critères de sélection et des méthodes de notation contraignants. Il peut aussi être utilisé pour faire connaître un dispositif et sélectionner tous ceux qui y répondent sans en limiter le nombre...

Le dispositif est assurément aujourd'hui en vogue : qu'on pense à une collectivité qui dispose d'un terrain qu'elle souhaite céder mais sans imposer à l'acquéreur de charges autres que des contraintes générales : l'interdiction de construire un centre commercial, un fast-food ou un club de nuit... ; qu'on songe à une autre personne publique qui dispose d'un bien remarquable et emblématique désaffecté, auquel elle souhaite redonner vie tout en conservant une utilisation simplement compatible avec l'affectation historique et culturelle du bien ; qu'on imagine encore une collectivité qui souhaite attribuer une subvention à une ou plusieurs association(s) pour la mise en œuvre d'un projet qui renferme un intérêt général (social, culturel...). Il suffit du reste de se promener sur le site de certains ministères ou autres grandes collectivités pour s'en convaincre : le ministère de la Culture a lancé pas moins de 300 appels à projets en moins d'un an ⁽²⁾ ; et on sait que la ville de Paris a fait de l'appel à projets un outil privilégié de sa politique...

Sans conteste appétissant, l'outil ne peut toutefois être manié sans garde-fou, tant sa proximité nécessaire avec l'intérêt général implique des risques de requalification importants sur le terrain de la commande publique. En effet, pour pouvoir être régulièrement emprunté, l'appel à projets doit, comme toute action des personnes publiques, nécessairement se rattacher à l'intérêt général porté par la collectivité qui le sollicite, au risque sinon de se voir affecter d'une forme de détournement de pouvoir. Mais il ne peut pas non plus s'y rattacher trop précisément ou trop fortement et traduire un besoin public déterminé de la personne qui le lance.

En effet, suivant l'objet précis de l'appel à projets, le contrat finalement conclu pourrait renfermer principalement soit une commande en matière de service, soit une commande en matière de travaux.

Appel à projets et marché ou concession de service

Les marchés publics ou les concessions de service sont des contrats conclus par écrit entre un acheteur ou une autorité concédante, et un opérateur économique, qui ont pour objet principal de répondre à leurs besoins précis en matière de service moyennant une contrepartie onéreuse, laquelle peut être soit un prix (une somme d'argent, un abandon de recettes, une garantie de recette... – on est alors en présence d'un marché public),

soit un droit d'exploiter (on est alors en présence d'une concession).

Il n'est pas absurde de penser que, le plus souvent, quand une personne publique publie un appel à projets, elle manifeste un besoin : elle cherche à solliciter l'initiative privée pour porter un projet qui se rattache à l'intérêt général dont elle a la charge. Mais on ne bascule évidemment pas de ce seul fait dans la commande publique : encore faut-il que ce besoin soit un besoin précis, qui traduit la volonté d'acheter une prestation.

Or, lorsqu'une personne publique lance un appel à projets pour déterminer le bénéficiaire d'une subvention, pour désigner le titulaire d'un titre d'occupation sur un bien public, pour identifier le développeur d'un projet culturel ou environnemental... les informations, observations et éventuelles contraintes qu'elle peut inscrire dans le cadre de cet appel à projets sont susceptibles de traduire, au-delà d'un simple rattachement du projet à l'intérêt général, un réel besoin déterminé à laquelle elle attend que les propositions répondent.

Naturellement toutefois, pour conclure à la requalification en contrat de la commande publique, il faudra que le ou les opérateurs qui seront sélectionnés à l'issue de l'appel à projets bénéficient, à raison de la mise en œuvre de leur proposition, d'une contrepartie onéreuse (une somme d'argent, un avantage spécifique, un droit de percevoir certaines recettes, un droit d'exploiter, un abandon de recettes...).

Pour mesurer le risque de requalification, il faut prendre l'exemple des appels à projets lancés pour l'octroi de subventions. Sur le papier, la subvention se distingue nettement du marché public ou de la concession de service, puisque la subvention constitue une contribution « justifiée par un intérêt général et destinée à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire (...) »⁽³⁾. Et le Code de la commande publique exclut du reste expressément de son champ d'application les « subventions définies à l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations »⁽⁴⁾.

Bien souvent, les subventions sont attribuées à l'issue d'un appel à projets : « une personne publique annonce qu'elle dispose de budgets destinés à être distribués sous forme de subventions. Elle se borne ainsi à identifier les initiatives et les projets d'opérateurs qui favorisent la mise en place d'une politique publique. Elle présente un cadre général, identifie une problématique, mais ne définit pas la solution attendue »⁽⁵⁾. Mais en fonction de l'importance, pour la personne publique, de la politique publique ainsi favorisée ou stimulée par l'octroi

(2) <https://www.culture.gouv.fr/Aides-demarches/Appels-a-projets?page=50>

(3) Article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

(4) CCP, art. L. 1100-1.

(5) Fiche pratique de la DAJ de Bercy, « marchés publics et autres contrats ».

d'une subvention et du détail du cadre qu'elle définit (uniquement quelques prescriptions négatives, ou bien au contraire des exigences positives nombreuses, détaillées, spécifiques...) et en fonction des sanctions prévues en cas d'utilisation irrégulière de la somme, le juge administratif, qui se livre à une analyse concrète des documents de la procédure⁽⁶⁾, peut voir dans l'appel à projets et le contrat finalement conclu, non pas une aide accordée à une initiative privée, mais bien un prix versé en contrepartie de la réponse à un besoin précis en matière de service⁽⁷⁾. Ainsi, puisque les réponses à un appel à projets sont presque toujours susceptibles de répondre à un besoin de la personne publique⁽⁸⁾, il faut s'attacher à vérifier si, au-delà de la satisfaction d'un intérêt général, l'appel à projets conduit - ou non - à sélectionner un projet en réalité déterminé pour l'essentiel, dans sa nature et dans sa consistance, ab initio par la personne publique. C'est du reste pour cette raison qu'il est bien précisé, à l'article 9-1 de la loi du 12 avril 2000 précitée, qu'une subvention ne saurait « constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent ».

Dans ce cas, l'appel à projets risque d'être requalifié en marché de service. Mais la solution n'est pas systématique pour autant : si, le plus souvent, lorsqu'une personne publique mène un appel à projets pour l'attribution d'une somme d'argent à des opérateurs, en contrepartie de la réponse à un besoins précis, l'opération doit en principe être requalifiée en marché public⁽⁹⁾, il faut relever que lorsque la personne publique concernée ne limite aucunement le nombre d'opérateurs qui seront sélectionnés à l'issue de la procédure - c'est-à-dire in fine, lorsqu'il n'y a pas réellement de compétition entre les opérateurs qui peuvent répondre à l'appel à projets -, le risque de requalification en contrat de la commande publique semble nettement diminué. La Cour de justice de l'union européenne a en effet considéré que « ne constitue pas un marché public, au sens de cette directive, un système de conseil agricole, tel que celui en cause au principal, par lequel une entité publique retient

tous les opérateurs économiques qui remplissent les exigences d'aptitude posées par l'appel d'offres et qui ont réussi l'examen mentionné dans ledit appel d'offres, même si aucun nouvel opérateur ne peut être admis durant la durée de validité limitée de ce système »⁽¹⁰⁾.

Au-delà des subventions, l'ombre d'une commande publique en matière de service plane également sur les appels à projets initiés par les personnes publiques qui disposent d'un bien immobilier inutilisé ou désaffecté, qu'elles souhaitent mettre à la disposition d'un tiers pour qu'il y développe un projet privé. Dans de tels cas de figure, c'est essentiellement une requalification en concession de service qui peut advenir. En effet, aux termes de l'article L. 1121-1 du Code de la commande publique, la concession de service est un contrat par la voie duquel une autorité concédante confie la « gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ». Or, dans le cadre d'un appel à projets qui porte sur un contrat de mise à disposition d'un bien public, le critère attaché au transfert d'un risque d'exploitation du bien au lauréat de la procédure est presque systématiquement vérifié : le bénéficiaire de la mise à disposition va exécuter son projet privé au sein du bien mis à disposition et se rémunérer dans le cadre de l'exploitation de son projet. Partant, l'appel à projets traduira une concession de service s'il renferme la volonté de la personne publique de confier la gestion d'un service à l'opérateur sélectionné, et non pas uniquement s'il lui permet d'exploiter librement un projet privé qu'il a lui-même conçu et défini et qu'il met librement en œuvre. Par le passé, le juge administratif a ainsi considéré qu'un appel à projets lancé par un grand port maritime pour la mise à disposition de formes de réparation navale était susceptible de conduire non pas à la conclusion d'un simple contrat d'occupation du domaine public, mais bien d'une délégation de service public, le contrat étant susceptible d'avoir pour objet « la mise à disposition au bénéfice des tiers et l'exploitation de la forme de réparation navale n° 10 ainsi que la réalisation d'importants équipements portuaires, notamment la réalisation d'un avant-port »⁽¹¹⁾. Et il faut rappeler que le sujet doit aujourd'hui être appréhendé avec d'autant plus d'acuité que, depuis l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, un contrat peut être qualifié de concession de service alors même que le service dont la gestion est confiée à l'occupant n'est pas un service public⁽¹²⁾. L'enjeu est donc assurément ici encore de vérifier si le contrat qui va être conclu à l'issue de l'appel à projets va ou non être conclu pour que l'occupant gère un service ou exécute une prestation de service qui répond à un besoin précis de la personne

(6) Voir par exemple TA Melun 17 août 2006, Préfet Seine et Marne, req. n° 0651872.

(7) CE 26 mars 2008, Région Réunion, req. n° 284412 ; voir également CAA Bordeaux 24 mai 2005, req. n° 01BX01768 ; CAA Marseille 1^{er} mars 2004, req. n° 99MA02079.

(8) « Par « besoins » du pouvoir adjudicateur, on entend, non seulement, les besoins liés à son fonctionnement propre (ex : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.) mais également les besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex : marchés publics de formation et d'insertion, marchés publics de transport scolaire, etc.), DAJ du ministère de l'Économie, Fiche La définition du besoin, 2017 ; voir également en ce sens : A-E. Rubio et E. Nigri, « Définir les besoins de la personne publique », Fiches pratiques LexisNexis, 2018.

(9) Quand bien même la somme versée n'est pas la stricte contrepartie du service rendu, mais lui est inférieure : concl. de l'avocat général, 15 mai 2014, sur la décision CJUE 10 juillet 2014, Comune di Bari, aff. C-213/13.

(10) CJUE 1^{er} mars 2018, Maria Tirkkonen, aff. C-9/17 ; voir également en ce sens : CJUE 2 juin 2016, Dr. Falk Pharma GmbH, aff. C-410/14.

(11) CE 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, req. n° 317671.

(12) CCP, art. L. 1121-1 et L. 1121-3.

publique⁽¹³⁾ : « une délégation de service public comme aujourd'hui une concession de service, est avant tout un contrat qui a pour finalité de répondre à un besoin de la collectivité que l'opérateur économique va trouver un intérêt à satisfaire, alors que la convention d'occupation domaniale répond principalement aux besoins de l'opérateur économique, tout en lui imposant un certain nombre de contraintes inhérente au domaine sur lequel il intervient »⁽¹⁴⁾.

Outre ces deux exemples (appels à projets pour l'octroi d'une subvention et appels à projets pour l'octroi d'un titre d'occupation), il est évidemment beaucoup d'autres types d'appels à projets qui sont susceptibles d'être requalifiés en marché ou concession de service. Et, au-delà des services c'est aussi en matière de travaux qu'un appel à projets peut basculer sur le terrain de la commande publique.

Appel à projets et marché ou concession de travaux

Ici aussi, il est possible de retenir un exemple particulier, celui des appels à projets réalisés dans le cadre de montages domaniaux (appels à projets pour la cession ou la mise à disposition de biens).

Le sujet présente un enjeu pratique important, tant on sait combien les collectivités, et notamment les villes, sollicitent aujourd'hui la procédure de l'appel à projets pour construire la ville de demain, « réinventer » des quartiers, repenser l'urbanisation, transformer un lieu emblématique⁽¹⁵⁾... Par la voie de ces appels à projets, les personnes publiques promettent pour l'essentiel de céder ou de donner à bail de longue durée des biens dont elles souhaitent qu'ils soient pleinement repensés, transformés par des citoyens, des promoteurs, des associations...

Le plus souvent, l'appel à projets emporte la nécessité de réaliser d'importants travaux au sein des sites mis à disposition. Et le plus souvent aussi, la personne publique édicte, dans le cadre de l'appel à projets, un certain nombre de consignes, plus ou moins restrictives.

C'est là que le risque de requalification en marché ou en concession de travaux apparaît. S'il est vrai que la

personne publique propriétaire d'une dépendance a le droit, dans le cadre d'un contrat domanial, d'imposer à l'occupant un certain nombre de prescriptions et de contraintes, « tant dans l'intérêt de ce domaine et de son affectation que dans l'intérêt général »⁽¹⁶⁾, afin de « de s'assurer en permanence que le domaine public concédé [est] occupé conformément à sa destination »⁽¹⁷⁾, il faut toutefois veiller à ce que ces contraintes ne fassent pas « basculer » le contrat dans le champ du contrat de la commande publique, à raison de ce que la personne publique aurait finalement exercé, pour reprendre la définition du marché de travaux, une influence déterminante sur la nature ou la conception des ouvrages réalisés par le lauréat de l'appel à projets⁽¹⁸⁾. Et, à cet égard, il est plusieurs types de contraintes qui sont fréquemment imposées dans le cadre d'appels à projets portant sur une mise à disposition ou sur une vente, qui ne devraient pas être de nature à traduire un besoin de la personne publique : c'est le cas du respect des normes d'urbanisme ou environnementale⁽¹⁹⁾ ainsi que des prescriptions « négatives » justifiées par l'affectation du bien ou son histoire (« pas de centre commercial », « pas de discothèque », « pas de... »...), sauf naturellement à ce que les prescriptions négatives deviennent si nombreuses qu'elles façonnent de fait le projet qui doit être proposé. Ce n'est pas dire pour autant que toutes les autres prescriptions (les prescriptions positives) emportent une requalification, mais il faut là être plus vigilant. En effet, il est sans doute possible de prévoir, dans les documents⁽²⁰⁾ de la procédure, certaines contraintes en matière d'affectation et d'exploitation (réaliser une base de loisirs, un hôtel, proposer tel type d'activités qui s'inscrivent dans des lignes directrices déterminées, respecter la vocation culturelle du lieu, l'esprit du quartier...⁽²¹⁾). Et il est doute possible aussi d'y introduire certaines catégories de travaux, dans une logique de pure valorisation et de conservation du domaine (assurer l'entretien courant, la maintenance, voire également le gros entretien/renouvellement des ouvrages...). À ce titre, la cour administrative d'appel de Paris a récemment considéré qu'un appel à projets lancé à l'initiative de l'État et du département de Mayotte, portant sur l'aménagement touristique d'un site déterminé par la voie d'un bail emphytéotique, a été lancé « en vue

[13] CE 14 février 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux, req. n° 405157. Voir également les conclusions du rapporteur public : « Vous avez toujours retenu la qualification de convention d'occupation domaniale lorsque vous constatiez que le contrat, même s'il imposait à l'occupant des obligations dans l'intérêt du domaine et dans l'intérêt général, n'avait pas pour objet de répondre aux besoins de la personne publique » (G. Pélissier G., *BJCP* n° 111, mars 2017, p. 117) ; et aussi : C Frackowiak, « fin de la partie pour les conventions de terminal », *BJCP* n° 112, mai 2017, p. 147 et s. ; G. Eckert, « la consécration de la concession de services », *Contrats et marchés publics* n° 4, avril 2017.

[14] G. Pélissier, *BJCP* n° 112, mai 2017 p. 153.

[15] Pour ne prendre que quelques exemples : *Inventons la métropole du Grand Paris*, *Dessine-moi Toulouse*, *Embellir Paris...*

[16] CE 20 décembre 1957, Société nationale d'éditions cinématographiques, *Rec. CE* p. 702.

[17] CE 3 décembre 2010, Ville de Paris, req. n° 338272. Voir également les conclusions du Rapporteur public N. Escault sur cette décision, publiées au *BJCP* n° 74, p. 36.

[18] CCP, art. L. 1111-2.

[19] CJCE 24 mars 2010, Helmut Muller, aff. C-451/08.

[20] Les termes « cahiers des charges » ou « programme », souvent utilisés dans le cadre des appels à projets ne devraient pas l'être, pour éloigner toute coloration « commande publique » à l'appel à projets.

[21] Comme le relève un auteur, « la seule présence d'obligations relatives à l'activité ne suffit pas [pour caractériser un besoin précis de la personne publique], car les obligations peuvent être imposées dans l'intérêt d'une bonne exploitation du domaine ou de sa valorisation » (L. Richer, « L'appel à projets *Fluctuat nec mergitur* », *AJDA* 2019, p. 1433).

de développer l'économie du tourisme dans l'île et de contribuer à la création d'emplois dans le respect du cadre naturel », si bien qu'il ne « vise pas à satisfaire un besoin propre des collectivités publiques », et ce alors même que le « cahier des charges » de l'appel à projets fixait la destination du site (développement hôtelier), renfermait des contraintes réglementaires générales, énumérait des principes d'aménagement qui s'imposeraient au lauréat, et prévoyait que des subventions et incitations fiscales pourraient être accordées^[22]. L'essentiel en la matière est donc que les prescriptions demeurent des orientations générales^[23] et qu'elles ne puissent pas être considérées comme traduisant une « commande » par la personne publique qui répondrait à ses besoins^[24]. Et, à ce sujet, il faut souligner que s'il est clair que l'établissement de prescriptions techniques détaillées sur l'ouvrage à réhabiliter ou à réaliser emporte une requa-

[22] CAA Paris 24 octobre 2019, req. n° 17PA21304.

[23] La CAA de Bordeaux a ainsi jugé par exemple que « si la cession de la parcelle AD 502 a été accordée à celui des candidats acquéreurs ayant présenté le projet d'aménagement dont le conseil municipal a considéré qu'il correspondait le mieux aux orientations qu'il avait fixées, l'opération litigieuse, eu égard au caractère très général de ces orientations et du projet d'aménagement présenté, ne peut être regardée comme ayant principalement pour objet de confier à l'acquéreur la conception ou la réalisation de travaux qui répondraient à un besoin d'intérêt général préalablement défini par la collectivité » (CAA Bordeaux 18 juillet 2016, Société Lory, req. n° 15BX00192).

[24] Des auteurs soulignent en ce sens que « la personne publique est naturellement en droit d'initier » la procédure, notamment pas la publication d'une publicité et la définition d'une thématique ou d'objectifs mais elle ne doit pas être considérée comme ayant défini les caractéristiques de l'ouvrage ». C'est du reste l'avantage essentiel souligné par certains auteurs : S. Braconnier et E. Perois, « procédure d'appel à projets : un régime de semi-liberté », *Contrats et marchés publics*, juin 2019, n° 5.

lification du contrat en achat public^[25], le Conseil d'État a rendu un avis très commenté concernant la réalisation de passerelles au-dessus de la Seine, dont il ressort que, même sans être extrêmement précises, les contraintes positives imposées dans le cadre d'un appel à projets en matière d'exploitation, de destination/d'affectation peuvent traduire un besoin de la personne publique et emporter une requalification du contrat domanial en contrat de la commande publique^[26]. Il ne faut toutefois pas surestimer la portée de cet avis qui semble témoigner d'une interprétation ouverte de la satisfaction d'un besoin précis : dans cette affaire, c'est sans doute une accumulation de considérations qui a justifié la solution retenue, et notamment la circonstance que les travaux considérés étaient de ceux qui étaient couverts par une forme de présomption^[27].

Le sujet de la requalification des appels à projets en contrat de la commande publique est donc quelque peu incertain. Il est toutefois une certitude qu'il faut garder à l'esprit : en cas de doute, au moment du lancement de l'appel à projets, sur la nature du contrat qui sera conclu à son terme, la personne publique est tenue d'appliquer la procédure de passation « la plus rigoureuse »^[28] c'est-à-dire, de suivre une procédure de marché ou de concession alors même que le contrat finalement conclu ne sera pas un contrat de la commande publique.

[25] Voir par exemple TA Paris 3 février 2009, Société Ken Club, req. n° 0900393.

[26] Sur ce sujet, voir le récent avis du Conseil d'État du 22 janvier 2019, n° 396221.

[27] Voir notamment en ce sens, L. Richer, « l'appel à projets *Fluctuat nec mergitur* », *AJDA* 2019, p. 1433.

[28] CE 10 juin 2009, Port autonome de Marseille, req. n° 317671 ; CE avis 22 janvier 2019, n° 396221.