

## APPELS A PROJETS, APPELS A MANIFESTATION D'INTERET : QUELS FACTEURS CLES DE SUCCES ?

UNE  
**FABRIQUE**  
DE LA **VILLE**

Guillaume Hébert,  
architecte-urbaniste, associé



Laura Moreil, consultante juridique Commande  
Publique et Privée, Direction des expertises et de  
l'Ingénierie de Projets

&

Laurent Le Corre, responsable du service  
Montages Juridiques Opérationnels  
Direction des expertises et de l'Ingénierie de  
Projets

## Table des matières

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUCTION .....</b>   | <b>3</b>  |
| <b>1 L'APPEL A PROJETS, PREALABLE A L'ATTRIBUTION D'UNE AIDE FINANCIERE OU INCITATION A L'EXPERIMENTATION .....</b>                   | <b>5</b>  |
| 1.1 L'INITIATIVE DU PROJET .....  | 5         |
| 1.2 VERSEMENT D'UN PRIX POUR LA SATISFACTION D'UN BESOIN PROPRE ?.....  | 6         |
| <b>2 L'APPEL A PROJETS, NOUVELLE FIGURE PRECONTRACTUELLE AU SERVICE DU PROJET URBAIN .....</b>  | <b>6</b>  |
| 2.1 L'ENGOUEMENT DES COLLECTIVITES ET OPERATEURS POUR L'APPEL A PROJETS.....  | 6         |
| 2.2 QUESTIONNEMENTS JURIDIQUES AUTOUR DE L'APPEL A PROJETS.....   | 9         |
| 2.2.1 <i>L'appel à projet : de la simple faculté à l'obligation ? .....</i>   | <i>9</i>  |
| 2.2.2 <i>Principe : les contrats de vente immobilière sont hors du champ de la commande publique .....</i>                            | <i>10</i> |
| 2.2.3 <i>Les précautions à prendre pour préserver la singularité de l'appel à projets .....</i>                                       | <i>10</i> |
| ▪ Données du problème : attention à ne pas répondre aux besoins propres de la collectivité .....                                      | 11        |
| ▪ Notion d'intérêt économique direct.....   | 12        |
| ▪ L'appel à projet peut comporter une part de travaux au sens de l'ordonnance marchés publics sans automatiquement y être soumis..... | 13        |

## INTRODUCTION

Les processus de fabrication de la ville s'inscrivent dans une dynamique d'invention permanente. Sans remettre directement en cause les procédures d'aménagement, de nouveaux types de consultations sont engagés, portés par les collectivités, en impliquant plus ou moins leurs aménageurs. Elles prennent des appellations différentes, parmi lesquelles les plus fréquentes sont celles d' « Appels à projets » et d' « Appels à Manifestation d'intérêt ».

Il peut être utile de procéder à un exercice de définition.

**L'appel à projets**, est dépourvu de définition juridique. Il est difficile d'en apprécier les contours et la qualification juridique.

Cette difficulté est accrue par le fait que l'appel à projets est mobilisé par différents acteurs publics dans des domaines variés, tant par leurs objets que par les enjeux qui y sont attachés.

D'une façon générale, l'appel à projets est un dispositif par lequel une personne publique invite des tiers à présenter des projets, pouvant répondre aux objectifs généraux qu'elle définit, tout en leur laissant l'initiative du contenu, de la mise en œuvre, et des objectifs particuliers qui y sont attachés<sup>1</sup>. Les appels à projets visent à promouvoir l'expérimentation, la mise en réseau des acteurs et l'émergence de nouvelles pratiques.

Comme souligné précédemment, la terminologie utilisée par les personnes<sup>2</sup> à l'origine de ces « consultation » varie souvent entre appel à projets ou appel à manifestation d'intérêts.

Or, si le terme d'**appel à projets** ne répond pas à une définition précise, ni à un encadrement spécifique<sup>3</sup>, il en va différemment de celui de l'**appel à manifestation d'intérêt**. Depuis l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, l'appel à manifestation d'intérêt constitue en effet, si le pouvoir adjudicateur en décide ainsi, la première étape de certaines procédures de passation de marchés publics : en l'occurrence, l'appel d'offres restreint et la procédure concurrentielle avec négociation.

---

<sup>1</sup> Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément, NOR:PRMX1001610C

<sup>2</sup> L'Etat, les collectivités territoriales, des établissements publics de l'Etat tels que des établissements publics d'aménagement, ...

<sup>3</sup> Pour être parfaitement précis, il est un domaine où l'appel à projets est reconnu et encadré. Le dispositif est reconnu par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (dite loi HPST) pour ce qui concerne les projets de création, de transformation et d'extension d'ESMS (établissements ou services sociaux et médicaux sociaux) et lieux de vie et d'accueil qui font appel partiellement ou exclusivement à des financements publics (art L.313-1-1 du code de l'action sociale et des familles). L'appel à projet qui y est défini s'apparente à un marché public, notamment en ce qu'il impose la rédaction d'un cahier des charges destiné à identifier les besoins à satisfaire.

L'appel à manifestation d'intérêts est un mode de présélection de candidats, encadré par le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Le mécanisme peut être résumé ainsi : par un avis de pré-information valant avis de publicité, l'acheteur invite les candidats à manifester leur intérêt pour le marché identifié dans l'avis. Une fois l'acheteur prêt à engager la procédure de sélection, il demande aux candidats ayant manifesté leur intérêt de le confirmer par la remise d'une candidature, étant entendu que seuls les candidats ayant manifesté leur intérêt dans les conditions requises par l'avis de pré-information peuvent participer à la procédure de passation du marché considéré.

La situation ainsi créée par l'ordonnance du 23 juillet 2015 est d'autant plus délicate que les acteurs concernés utilisent souvent le nom d'Appel à Manifestation d'Intérêt sans que cette appellation corresponde strictement à celle que lui confère désormais le droit de la commande publique.

**Il faut donc souligner l'importance qu'il y a pour les acteurs concernés à privilégier l'appellation d'appel à projet, plutôt que celle d'appel à manifestation d'intérêt, cette terminologie correspondant désormais à une situation juridique précise.**

**Toutefois les développements qui suivent sont tout à fait applicables à un appel à manifestation d'intérêt (AMI), utilisé dans les mêmes conditions que les appels à projet présentés. Enfin, il peut être utile de préciser que le fait d'avoir mis en œuvre, depuis l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015, un appel à manifestation d'intérêt, au sens d'appel à projet, n'emporte pas application de l'ordonnance précitée.**

L'appel à projets, particulièrement utilisé par les personnes publiques, sans qu'il ne leur soit exclusivement réservé, peut permettre de stimuler des initiatives privées, soit en vue de l'attribution d'une aide financière(1) soit comme un mécanisme précontractuelle (2).

## 1 L'APPEL A PROJETS, PREALABLE A L'ATTRIBUTION D'UNE AIDE FINANCIERE OU INCITATION A L'EXPERIMENTATION

L'appel à projets peut être organisé en vue de l'attribution d'une aide financière, par exemple une subvention pour accompagner une démarche d'expérimentation développée par des porteurs de projets. En procédant par le biais d'un appel à projet, son initiateur peut poursuivre plusieurs objectifs : faire une large publicité de son action de soutien des initiatives publiques ou privées dont il estime qu'elles participent, à leur niveau, à un certain intérêt général ; accompagner les démarches innovantes et d'expérimentation ; rendre plus transparentes et moins discrétionnaires les modalités d'attribution des aides financières ; encourager l'émergence et le développement de l'initiative privée.

Sur le plan juridique, la question alors posée **est celle de la frontière en marché et subvention**. L'examen de la jurisprudence permet de mettre en lumière les deux critères permettant de tracer cette ligne de démarcation.

### 1.1 L'initiative du projet

L'instigateur de l'appel à projets n'est pas à l'origine des projets proposés. Au contraire, il cherche à les connaître, dans l'objectif de les soutenir.

Dans l'hypothèse du versement d'une aide financière, celui qui en est le bénéficiaire est bien à l'origine du projet : il en a défini les enjeux, les caractéristiques, les objectifs à atteindre,.... Il sollicite une participation financière en soumettant son projet à l'appel à projets, considérant que son projet s'inscrit dans les enjeux généraux défendus par l'instigateur de l'appel. Toutefois, il est et demeurera le pilote du projet, tant pour ce qui concerne sa conception que son élaboration. Si l'initiative de l'appel à projet revient nécessairement à la personne publique, il n'en est pas de même de l'initiative du projet.

Cette initiative « privée » doit être réelle : la requalification en marché, ou encore en concession, pourra être retenue, dans l'hypothèse où il s'avérait que l'initiative revient en réalité à l'initiateur de l'appel à projet<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> CE, 23 mai 2011, Commune de Six-Fours-Les-Plages, n°342520 : *“qu'il ressort des pièces du dossier que la convention du 28 mars 2007, signée sans procédure de publicité et mise en concurrence, a été conclue à l'initiative la COMMUNE DE SIX-FOURS-LES-PLAGES, en vue de confier à un professionnel du spectacle des prestations d'exploitation de la billetterie et de promotion du festival des Voix du Gaou;...”*

## 1.2 Versement d'un prix pour la satisfaction d'un besoin propre ?

La requalification d'un appel à projet en contrat de la commande publique est possible toutes les fois où le versement de l'aide financière, doit en réalité être considéré comme le versement d'un prix pour satisfaire les propres besoins de la personne publique<sup>5</sup>.

Outre la définition des besoins par la personne publique, les juges y verront les composantes du marché public, et non de la subvention, dès lors que le montant de l'aide financière est déterminé en fonction du coût du projet lui-même. Il s'agirait ici de définir un montant d'aide qui tienne compte de la valeur du projet (et ce même s'il ne s'agit pas pour autant de prendre en charge l'intégralité des frais exposés par le porteur du projet).

## 2 L'APPEL A PROJETS, NOUVELLE FIGURE PRECONTRACTUELLE AU SERVICE DU PROJET URBAIN

### 2.1 L'engouement des collectivités et opérateurs pour l'appel à projets

L'appel à projet peut être organisé dans le but de conclure un contrat, qui en principe échappe au champ de la commande publique, comme par exemple la vente d'un terrain à un promoteur par un aménageur ou la cession de droits réels à travers un bail à construction. La personne publique peut souhaiter organiser en amont de la vente un appel à projet, afin de sélectionner un projet répondant au mieux aux contraintes et objectifs qu'elle poursuit elle-même plus globalement sur un périmètre donné.

C'est bien le fondement des récentes consultations telles que Réinventer Paris, Réinventer la Seine ou Inventons la métropole.

Rappelons que le processus d'appel à projet pour engager la cession de droits à construire n'est pas nouveau. Bien au contraire, il a été mis en place au moins depuis les

---

<sup>5</sup> Les juges en ont ainsi décidé, à titre d'illustration, dans le cas de la Région de la Réunion, laquelle "a décidé, dans le cadre de ses compétences et après avoir défini ses propres besoins, de faire réaliser des prestations de formation afin de contribuer à la mise en œuvre du plan régional de formation professionnelle des jeunes qu'elle avait arrêté en application des dispositions des articles 82 et 83, alors en vigueur, de la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat ; que les conventions signées {...} avaient pour objet de confier à cette dernière une partie de ces prestations de formation, et que les aides financières qu'elles prévoyaient prenaient en compte l'intégralité des frais exposés par la société pour organiser ces formations ainsi que la rémunération des stagiaires ; qu'en relevant que la contribution financière versée par la région en application des conventions était la contrepartie du service rendu par la société pour l'exécution de ces contrats et en en déduisant que les sommes en cause, quelle que soit la dénomination qui leur avait été donnée, devaient être regardées non comme une subvention mais comme la rémunération d'une prestation effectuée pour le compte de la région relevant des règles fixées par le code des marchés publics" (CE 26 mars 2008, Région de la Réunion, n°284412)

années 1990 par de nombreux aménageurs pour développer les opérations immobilières au sein des projets d'aménagement les plus emblématiques sous le terme de « consultations promoteurs/architectes ».

Cela a été le cas dans de nombreux grands projets emblématiques comme Eurallille, Ile Seguin Rives de Seine, l'Ile de Nantes, Clichy-Batignolles, Paris Rive Gauche.....et bien d'autres.

Ces consultations visant à céder les charges foncières au sein des opérations ont pu prendre de nombreuses formes selon les contextes et le rôle des aménageurs et de leurs urbanistes coordonnateurs :

- Des consultations promoteurs/architectes mettant en concurrence un promoteur son architecte sur la base d'une esquisse sommaire ;
- Des consultations architecturales organisées conjointement avec les promoteurs désignés préalablement (soit de gré à gré soit après mise en concurrence sur le prix du foncier et sur le programme) mettant en concurrence trois ou quatre concepteurs sur la base d'une esquisse sommaire ;
- Des consultations sur la base d'auditions d'équipes présentant une démarche et de premières intentions ;
- Plus récemment, des consultations auprès de promoteurs d'un côté, puis séparément auprès d'architectes, des « mariages » étant par la suite organisée à travers des « speed dating ».

Ces formes de consultations, inspirées à l'origine de l'esprit des concours loi MOP, ont été très largement développées par les aménageurs dans le cadre de leurs missions.

Leurs formes ont très largement varié selon les aménageurs, le montage spécifique des opérations, et l'importance donnée au choix du projet plutôt qu'au nom du concepteur.

Les dynamiques en cours d'appels à projets comme Réinventer Paris ou Inventons la Métropole repositionnent les collectivités au cœur des processus opérationnel de choix et de définition des projets immobiliers.

Elles ont le mérite de questionner les aménageurs sur l'inventivité des processus proposés.

Par ailleurs, elles s'inscrivent, au moins dans l'objectif, dans **une évolution des critères de choix des projets immobiliers.**



A la fin des années 90, les consultations promoteurs/architectes ont été fondées sur l'ambition de dépasser l'approche uniquement financière par des critères liés à la qualité architecturale et urbaine des propositions.

Depuis une quinzaine d'années, avec l'évolution des approches et des mentalités, l'ambition de ces consultations a été complétée par des exigences environnementales fortes. Ces exigences sont devenues un des critères de sélection.

Parfois, dans certaines consultations, et pour faciliter cette démarche, le prix de charge foncière a été « fixé » par l'aménageur. Cette méthode a permis de donner à la qualité du projet architectural et urbain et aux ambitions environnementales proposées tout leur poids dans le choix des opérateurs désignés.

La singularité de l'Appel à Projet Urbain Innovant Réinventer Paris et sa réussite est sans aucun doute liée à l'intégration d'un nouveau critère de choix des projets : l'innovation.

A ce titre l'approche singulière de Jean-Louis Missika, Adjoint à la Maire de Paris, chargé de l'urbanisme, de l'architecture, du projet du Grand Paris, du développement économique et de l'attractivité, avec l'appui des équipes de la Ville de Paris a été décisive. Tel que le rappelle la lettre de mission confiée par la Maire de Paris à Jean-Louis Missika :

*« Nous portons l'ambition d'un Paris-Ville intelligente. Il ne s'agit pas d'un slogan, mais d'une démarche pragmatique au long cours. Je souscris sans réserve à l'orientation que vous vous fixez de réinventer nos manières de faire la ville en s'appuyant sur l'innovation. Paris doit en effet devenir un laboratoire d'expérimentation et un lieu de référence international sur les questions d'innovation liées à l'aménagement du territoire, au développement durable, à l'économie et aux services numérique, à la transition énergétique. »*

Ce nouveau critère d'appréciation des projets est sans aucun doute un axe d'appréciation révélateur d'une ambition nouvelle.

Il a par ailleurs permis de mobiliser de nouveaux acteurs autour du traditionnel trio promoteurs / architectes / bureau d'étude développement durable.

Ainsi des start-up, des constructeurs, des opérateurs intervenant dans le champ de l'agriculture urbaine....et des futurs utilisateurs proposant des programmes innovants ont été mobilisés.

Si cette ambition fondée sur l'innovation ouvre de nouvelles perspectives, rappelons toutefois que celle-ci est possible essentiellement pour des territoires dans lesquels le marché immobilier est très porteur, tant en termes de prix de sortie que de dynamique.



Les développements précédents montrent le potentiel des pratiques d'appel à projets pour contribuer à la fabrication de « morceaux de ville » répondant aux demandes des acteurs politiques, économiques et plus largement de la société.

La question posée est alors celles des facteurs clés de succès à réunir pour que la pratique puisse se développer.

L'un de ces facteurs est la capacité des acteurs à être dans un dialogue constant, l'itération, à l'adapter aux contextes etc...Un autre est de s'assurer que ces pratiques s'inscrivent dans un cadre juridique sécurisé.

Plus précisément, il est essentiel d'identifier les conditions à remplir pour prévenir le risque de requalification en contrat de la commande publique. En effet, toutes les fois où l'appel à projets émane de personnes publiques, soumises à des obligations de mise en concurrence et de publicité pour la passation des contrats de la commande publique, marchés publics et concessions, il appelle une vigilance particulière. Certaines « frontières » doivent donc être respectées pour ne pas être confronté à un risque de requalification de l'appel à projets en marché public, voire en concession. Cet évitement est nécessaire, pour éviter de rigidifier un dispositif dont l'intérêt est précisément la souplesse.

## 2.2 Questionnements juridiques autour de l'appel à projets

Comme dit précédemment, l'un des enjeux est alors de se prémunir d'une requalification de l'appel à projet en contrat ressortant de la commande publique. La question est d'autant plus délicate que l'instigateur de l'appel à projet peut intégrer dans ce dernier des contraintes, constituant plus que de simples orientations générales. Une requalification en marché public de travaux, ou encore en concession de travaux, voire en concession d'aménagement, n'est alors pas exclue.

### 2.2.1 L'appel à projet : de la simple faculté à l'obligation ?

L'appel à projet est une forme d'appel au marché, c'est-à-dire une mise en concurrence, lorsqu'un propriétaire souhaite céder son bien. Les appels à projets initiés par les personnes publiques résultent d'un choix d'opportunité. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique présage d'une évolution. L'article 34 de la loi indique en effet que le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans un délai de douze mois les règles régissant les transferts de propriété réalisés par les personnes publiques, en vue notamment de prévoir des obligations de publicité et de mise en concurrence préalables aux opérations de cession et de faciliter et sécuriser leurs opérations immobilières. La question posée réside alors dans le point de savoir si les modalités de cession prévues par l'ordonnance offriront la même souplesse que l'état du droit existant.

## 2.2.2 Principe : les contrats de vente immobilière sont hors du champ de la commande publique

**En principe, la conclusion d'un contrat de vente immobilière ou de mise à disposition d'un bien immobilier ne rentre pas dans le champ de la commande publique, c'est-à-dire ne tombe pas sous le coup d'obligations de mise en concurrence et de publicité.** Ainsi, un appel à projet invitant les porteurs de projet immobilier à présenter le projet qu'ils pourraient réaliser sur telle assiette foncière, en vue de la vente du terrain en question, ne rentre pas dans le champ de la commande publique.

Ce principe a pu être posé sans ambiguïté par le juge administratif tant pour le cas des cessions<sup>6</sup> que pour celui des contrats constitutifs de droit réel :

- dans le cas d'une vente<sup>7</sup> : « aucune disposition législative non plus qu'aucun principe général ne fait obligation à une commune de recourir à l'adjudication préalablement à la cession d'un bien immobilier lui appartenant » (CE 26 octobre 1994, Monier, n°121717) ;
- dans le cas d'un contrat constitutif de droit réel : « Qu'aucune disposition législative ou réglementaire ni aucun principe n'imposent à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance ; qu'il en va ainsi même lorsque l'occupant de la dépendance domaniale est un opérateur sur un marché concurrentiel » ( CE Section, 3 déc. 2010, n°338272, n°338527, Ville de Paris – Association Paris Jean Bouin).

Le porteur du projet réalisera un ou plusieurs ouvrages, dont il assure la maîtrise, de la conception à la réalisation, en vue de la satisfaction de ses besoins propres.

L'instigateur n'a pas d'intérêt économique direct dans la réalisation de tel ou tel projet : Il s'assure de l'attractivité de son territoire au sens large en suscitant l'émergence d'une initiative privée de qualité, voire innovante. A ce titre, tous les projets proposés ne vont pas répondre aux objectifs d'intérêt général qui sont les siens : il va donc chercher à poser les grandes lignes directrices à respecter pour s'assurer de la cohérence des projets avec ses orientations générales.

## 2.2.3 Les précautions à prendre pour préserver la singularité de l'appel à projets

---

<sup>6</sup> Le code général de la propriété des personnes publiques impose à l'Etat, en son article R.3211-2 que « *L'aliénation d'un immeuble du domaine privé de l'Etat est consentie avec publicité et mise en concurrence, soit par adjudication publique, soit à l'amiable [...]* ».

<sup>7</sup> A toutes fins utiles, peut-être est-il opportun de souligner qu'il ne peut s'agir que de l'hypothèse d'une cession portant sur un bien du domaine privé d'une collectivité, les biens du domaine public, étant incessible par nature

- **Données du problème : attention à ne pas répondre aux besoins propres de la collectivité**

Il est évident que l'instigateur de l'appel à projet aura pour objectif de choisir le projet qu'il considère comme étant le plus pertinent au regard de ces orientations générales. **A ce titre, il peut envisager d'imposer aux porteurs de projet des contraintes particulières dans le cadre de la réalisation du projet. Il s'agira ici d'aborder des hypothèses où l'instigateur impose que les ouvrages répondent à certaines caractéristiques, comme par exemple dans le cas qui sera abordé plus loin d'une collectivité qui exige que le projet porte sur un programme immobilier à vocation commerciale.**

**Dans cette hypothèse, la question se pose de la possibilité de considérer que les besoins exprimés sont ceux de la collectivité. Dans un tel cas, il faudrait y voir non pas une simple initiative privée mais la satisfaction de besoins publics.**

**Or, pour éviter une difficulté de requalification en contrat de la commande publique (marché de travaux, concession de travaux), l'instigateur de l'appel à projet ne doit pas contraindre l'initiative du porteur du projet, dans la conception et l'élaboration du projet, de telle sorte qu'il apparaitrait finalement que l'objectif est de réaliser un projet immobilier, ou d'aménagement, qui a vocation à répondre au besoin propre de la personne publique.**

L'examen de la jurisprudence démontre que le contentieux en la matière est assez développé. Il est vrai que l'enjeu du débat est de taille : la personne publique ayant conclu un contrat, qu'elle n'a pas identifié comme étant soumis à des règles de mise en concurrence, a-t-elle enfreint ou non les règles de mise en concurrence et de publicité propres à la passation des contrats de la commande publique ?

Doit demeurer à l'esprit que l'article 5 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 définissant le marché de travaux ne lie pas maîtrise d'ouvrage et marché de travaux :

- Les marchés de travaux ont pour objet « *soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception* ».
- Il résulte de cette définition que la qualification du marché de travaux sera reconnue toutes les fois où un ouvrage est réalisé de sorte à répondre aux exigences posées par l'acheteur, lequel est fortement impliqué dans la définition de ses caractéristiques, et ce peu important le type de contrat conclu pour y parvenir.

**L'absence de remise d'un ouvrage entre les mains de la personne publique n'est pas suffisante pour éviter la qualification de marché de travaux.** La notion de marché de travaux « *impose que les travaux objet du marché soient exécutés dans l'intérêt*

économique direct du pouvoir adjudicateur, sans que toutefois, il soit nécessaire que la prestation prenne la forme de l'acquisition d'un objet matériel ou physique »<sup>8</sup>.

## ▪ Notion d'intérêt économique direct

Le juge européen considère que le caractère onéreux du contrat implique que la personne publique ayant conclu un marché public de travaux reçoive en vertu de celui-ci une prestation moyennant une contrepartie. La prestation en question consiste dans la réalisation de travaux que la personne vise à obtenir, lesquels comportent un intérêt économique direct pour elle.

La jurisprudence relève que l'intérêt économique peut s'entendre principalement de trois façons :

- la personne publique deviendra propriétaire des travaux ou de l'ouvrage faisant l'objet du marché;
- la personne publique disposera d'un *“titre juridique qui lui assurera la disponibilité des ouvrages faisant l'objet du marché, en vue de leur affectation publique”*;
- ou encore *“l'intérêt économique peut résider dans les avantages économiques que le pouvoir adjudicateur pourra tirer de l'utilisation ou de la cession futures de l'ouvrage, dans le fait qu'il a participé financièrement à la réalisation de l'ouvrage ou dans les risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage”*.

En l'espèce, le juge européen a considéré que le fait d'exercer un pouvoir de régulation en matière d'urbanisme ne s'apparentait pas à la satisfaction d'un intérêt économique direct de la personne publique.

Le juge administratif français a pu également se positionner sur cette question de l'intérêt économique direct de l'instigateur d'un appel à projet. La cour administrative d'appel de Lyon, à propos d'un contrat de cession faisant suite à un appel à projet, mettant à la charge de l'acquéreur la réalisation d'un programme immobilier à vocation commerciale, a jugé que l'intérêt économique direct ne pouvait être *« caractérisé par sa seule intention de favoriser le développement économique du centre-ville »*<sup>9</sup>. En l'absence d'un tel intérêt économique direct, la qualification de marché public n'est pas retenue à l'égard d'un tel appel à projet, lequel demeure donc bien en dehors du champ de la commande publique.

Il est des hypothèses où l'absence d'intérêt économique direct de la personne publique n'empêche pas l'existence d'une obligation de mise en concurrence. Le contrat n'est pas qualifié de contrat de la commande publique, pour autant les enjeux qui lui sont attachés obligent la personne publique à le conclure en respectant des principes généraux de publicité et de transparence.

<sup>8</sup> CJUE 25 mars 2010 Helmut Müller Gmb, aff. C-451/08

<sup>9</sup> CAA Lyon, 4 juillet 2013, Saocité Apsys / Commune de Moulins, n°12LY01556

Par exemple, une collectivité avait conclu un contrat portant sur la vente de parcelles du domaine privé ainsi que sur l'obligation pour un opérateur économique de construire des maisons d'habitations individuelles destinées à être revendues à des tiers. Ces dernières avaient été définies de manière précise et détaillée par la collectivité dans le dossier de consultation. Le juge a ainsi considéré que *"l'opération ainsi envisagée, qui visait à promouvoir la construction de logements individuels de qualité et à favoriser l'accès à la propriété des habitants de la commune, répondait au besoin exprimé par la collectivité de maintenir et de développer son offre et son attractivité immobilières ; qu'ainsi le projet en cause constituait un projet d'intérêt communal de mise en œuvre d'une politique locale de l'habitat"*. En conséquence de cette analyse, la conclusion du contrat en cause était soumise au respect des obligations minimales de publicité et de transparence propres à assurer l'égalité d'accès des candidats<sup>10</sup>.

- **L'appel à projet peut comporter une part de travaux au sens de l'ordonnance marchés publics sans automatiquement y être soumis**

Dans certaines hypothèses particulières, l'instigateur de l'appel à projet peut juger opportun d'aller plus loin, non pas uniquement en influant sur les caractéristiques très générales du projet, mais en imposant aux porteurs de projet des contraintes particulières et précises qui emporteraient reconnaissance d'un intérêt économique direct, du moins pour une partie du contrat.

Dans une telle hypothèse, l'instigateur du projet consentira la cession du foncier au porteur du projet jugé le plus pertinent au regard de grandes orientations, et intégrant la réalisation d'ouvrages dont la destination et les caractéristiques sont définies par la personne publique.

Si les caractéristiques du marché de travaux, ou encore de la concession sont avérées, l'objet du contrat portant également sur une cession immobilière, est mixte. Dans une telle hypothèse, à quel régime doit-il être soumis ? Doit-il être conclu dans le respect des règles de la commande publique ?

Avant la réforme de la commande publique, cette hypothèse avait été tranchée par un arrêt de la Cour Administrative de Douai, en date du 25 octobre 2012, Sté immobilière Carrefour c/Commune de Noeux-Les-Mines, n°11DA01951.

Le juge administratif y applique la théorie des contrats mixtes, en application de laquelle, lorsqu'un contrat porte sur différents objets, c'est l'objet principal qui emporte la qualification juridique du contrat. Ainsi, si le juge peut reconnaître à côté d'une vente les éléments d'un marché de travaux sur la base de la définition donnée par la directive européenne, il ne pourra qualifier globalement la vente en marché de travaux que si la réalisation des travaux représente l'objet principal du contrat. Si la réalisation des travaux est considérée comme accessoire par rapport à la vente, celle-ci doit être qualifiée en

---

<sup>10</sup> CAA Marseille, 25 février 2010, Commune de Rognes, n° 07MA03620



vente et ne sera pas soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence définies par la directive européenne.

La réforme de la commande publique a confirmé la notion de contrat mixte, et surtout le régime qu'il convient de lui appliquer. Ainsi, l'ordonnance n°29015-899 du 23 juillet 2015 pose les principes suivant en ses articles 22 et 23:

- *"les acheteurs peuvent décider de conclure un contrat unique destiné à satisfaire à la fois des besoins qui relèvent de la présente ordonnance et des besoins qui n'en relèvent pas, à condition que ce choix n'ait pas été effectué dans le but de soustraire ce contrat au champ d'application de la présente ordonnance. Les dispositions de l'article 23 leur sont alors applicable".*
- *"lorsque le contrat porte à la fois sur des prestations qui relèvent de la présente ordonnance et des prestations qui n'en relèvent pas, la présente ordonnance n'est pas applicable si les prestations ne relevant pas de la présente ordonnance constituent l'objet principal du contrat et si les différentes parties du contrat sont objectivement inséparables. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du contrat, la présente ordonnance s'applique".*

**L'appel à projet peut donc, sans nécessairement emporter une requalification en marché public, prévoir que le bénéficiaire de la cession devra réaliser certains travaux, lesquels pourront être définis par la personne publique. Toutefois, deux conditions cumulatives devront être respectées pour que contrat mixte envisagé ne soit pas soumis à l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 :**

- **la réalisation de travaux définis par la personne publique ne doit pas constituer l'objet principal du contrat: c'est bien la cession du foncier qui constitue l'intention première et principale de la personne publique, foncier sur lequel globalement le programme envisagé relève d' l'initiative privée;**
- **les travaux qui sont intégrés comme obligation à la charge du preneur doivent être objectivement inséparables de l'objet principal du contrat, lequel est la vente du foncier. Si cette condition n'est pas remplie, l'ordonnance du 23 juillet 2015 s'impose : en conséquence, la conclusion du contrat devrait faire l'objet d'une mise en concurrence dans les conditions prévues par cette dernière.**

**Cette rédaction limite très concrètement les charges qui peuvent être imposées en matière de travaux : leur caractère inséparable devant être démontré, il ne peut pas s'agir par "opportunisme" d'imposer toute sorte de travaux, quand bien même leur caractère accessoire serait reconnu.**