



L'appel à projets : l'impossible définition ?

L'appel à projets continue à traverser les époques, en échappant aux affres des réformes de la commande publique. Les personnes publiques sont toujours nombreuses à avoir recours à cette procédure : si ce choix paraît présenter des avantages certains, dont notamment le bénéfice d'un cadre assez souple pour nouer un partenariat avec des tiers, il n'est pas sans risques en raison de l'absence de définition précise de cette notion.

L'appel à projets^[1] est une formule utilisée depuis plusieurs décennies déjà par les personnes publiques^[2], lesquelles avaient trouvé, avec cet outil, la possibilité d'organiser notamment des cessions foncières avec charges. Echappant à toute contrainte procédurale définie par les textes, l'appel à projets permettait ainsi de confier le plus souvent à un groupement d'opérateurs économiques mêlant des promoteurs et financeurs, l'acquisition de biens immobiliers (terrains nus ou bâtis) en contrepartie de l'engagement de réaliser un projet immobilier comportant des contraintes parmi lesquelles, dans certains cas, la construction d'équipements publics.

L'extension du champ d'application des règles de la commande publique, sous l'influence notamment des directives communautaires^[3], aurait pu faire craindre que le recours à cette formule ne soit condamné ou bien qu'elle soit délaissée par les personnes publiques.

Il n'en est heureusement rien et la période récente témoigne à l'évidence d'un regain d'intérêt pour l'appel à projets, lequel est envisagé notamment pour satisfaire

Auteur

Laurent Sery
Elisabeth Lançon
Avocats
Cabinet ADAMAS

Mots clés

Appel à projets • Appel à manifestation d'intérêts
• Contrats de la commande publique • Objet • Procédure

[1] Parfois aussi dénommé « Appel à manifestation d'intérêt », dans la mesure où la procédure d'appel à projets invite les équipes projets à manifester leur intérêt pour le ou les projets.

[2] Notamment les établissements publics d'aménagement.

[3] Directive 2014/24 UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE et Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

des objets aussi divers que la réalisation d'ouvrages ou encore la mise en valeur de lieux ou de quartiers⁽⁴⁾.

Depuis longtemps déjà, certains auteurs écrivaient pourtant à propos de l'appel à projets qu'il faisait « partie de ces notions qu'on emploie sans les définir et sans savoir à quoi elles correspondent exactement. On chercherait en vain une définition claire et précise »⁽⁵⁾. Ce constat demeure toujours exact, y compris depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code de la commande publique. L'appel à projets reste une notion « fourre-tout » qui interroge encore. La tâche consistant à le définir s'avère ardue, voire impossible.

Ces difficultés ne doivent pas pour autant rebuter le juriste et il importe malgré tout d'essayer ici de dresser les contours de cette notion bien contemporaine et vivante de l'appel à projets. Pour s'en approcher, il s'agira d'abord de définir l'appel à projet « en creux » par rapport à ce qu'il n'est pas. Il conviendra ensuite de tenter d'en proposer une définition positive, à travers la recherche de critères d'identifications pertinents.

L'appel à projets et ses notions voisines

La notion d'appel à projets est souvent rapprochée ou confondue avec d'autres. Il s'agira donc ici de tenter de distinguer l'appel à projets de certaines notions voisines, qu'il s'agisse de formules intéressant les contrats de la commande publique ou des modalités de délivrance de titres d'occupation du domaine des personnes publiques.

L'appel à projets et les contrats de la commande publique

À côté de deux distinctions relativement simples – appel à projets et sourcing ; appel à projets et appel à manifestation d'intérêts visé à l'article R. 2131-10 du Code de la commande publique, existe une difficulté plus importante, dans certains cas, à différencier appel à projets et contrat relevant du champ d'application de la commande publique.

L'appel à projet peut d'abord être distingué du sourcing. En matière de marchés publics⁽⁶⁾, afin de prépa-

rer la procédure de passation du contrat, il est désormais expressément prévu que l'acheteur peut, s'il le souhaite, consulter ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences. Le résultat des études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition que leur utilisation n'ait pas pour effet de fausser la concurrence ou de méconnaître les principes d'égalité de traitement, de libre accès et de transparence des procédures. En pratique, le sourcing pourra par exemple se traduire par une publicité destinée aux opérateurs économiques afin de savoir si ceux-ci disposent ou non d'une technologie pour satisfaire aux besoins du pouvoir adjudicateur. Il pourra ainsi prendre la forme d'une invitation à donner des détails sur les caractéristiques de tel ou tel produit. Les opérateurs économiques seront donc informés d'un éventuel projet d'achat de l'acheteur. Pour autant, la procédure de sourcing, à la différence de l'appel à projets, n'aura pas pour objet d'aboutir, à son terme, à la contractualisation de l'achat envisagé avec les opérateurs qui ont été consultés.

Bien que la sémantique les rapproche, l'appel à projets doit par ailleurs être différencié de cette forme d'appel à manifestation d'intérêt, laquelle est visée par l'article R. 2131-10 du Code de la commande publique qui précise que : « Lorsqu'un appel à la concurrence a été lancé sous la forme d'un avis de pré information ou d'un avis périodique indicatif, l'acheteur adresse une invitation simultanément et par écrit à tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt, en leur demandant de confirmer leur intérêt à participer à la procédure de passation ». Cette forme d'appel à manifestation d'intérêt visé par ces dispositions s'inscrit dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public respectant les dispositions du Code de la commande publique à la suite d'une première phase de publicité ; il se différencie nettement de l'appel à projets qui a, en principe, comme caractéristique essentielle de ne pas être soumis aux règles de la commande publique et ne prévoit généralement pas de phase de pré-information des porteurs de projets.

Enfin, et surtout, l'appel à projet stricto sensu, comme il le sera exposé ci-après, doit être distingué du marché public ou de la concession, la distinction s'opérant essentiellement sur la base d'un faisceau d'indices regroupant critères organiques et fonctionnels.

Pour rappel, un contrat de la commande publique est désormais défini par le Code de la commande publique⁽⁷⁾ comme un contrat conclu à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Un marché public est défini par le même Code comme « un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques,

(4) Voir notamment par exemple les appels à projet lancés par la Ville de Paris, « Réinventer la Seine » (proposer des sites tout le long de l'Axe Seine, à occuper, animer, louer ou acheter à travers la mise en œuvre de projets innovants) ou « Re inventing Cities » (dans le cadre d'un appel à projet international, l'un des appels à projet consistant en 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) ; voir également, par exemple, les appels à projets lancés par HAROPA-Port de Paris (développement des activités de tourisme fluvial, transport de passagers, animations ou loisirs sur le domaine portuaire).

(5) M.Y. Benjamin et R. Bonnefont, « Quel avenir pour la procédure d'appel à projets ? », *ADJA* 2010, p. 474.

(6) CCP, art. R. 2111-1.

(7) CCP, art. L. 2.



pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent »^[8]. Le Code de la commande publique définit par ailleurs la concession comme « un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes sou-mises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploit-ation 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 »^[9].

Un premier critère de différenciation entre appel à projets et contrat de la commande publique généralement retenu est donc celui de l'initiative. Tandis que dans le cadre des marchés publics ou des concessions, le pou-voir adjudicateur « garde la main » et initie le projet, l'appel à projets est caractérisé en principe par une définition du contenu du projet étrangère à la personne publique, par l'équipe-projet. Cet argumentaire est par exemple celui de la circulaire du 18 janvier 2010 rela-tive aux relations entre les pouvoirs publics et les asso-ciations, laquelle précise : « il s'agit (pour la personne publique) de définir un cadre général, une thématique. Les associations sont invitées à présenter des projets s'inscrivant dans ce cadre. Mais ce sont bien elles qui prennent l'initiative de ces projets et en définissent le contenu ». Dans le prolongement de cette rédaction, pour éviter la confusion entre « appel à projets » et « ap-pel d'offres », la circulaire du 29 septembre 2015 relative aux relations avec les associations^[10], retient l'appella-tion de « recueil d'initiative ».

Un autre élément de distinction entre appel à projets et contrat de la commande publique réside dans la défini-tion d'objectifs généraux ou, à l'inverse, la recherche de la satisfaction de besoins identifiés d'un pouvoir adjudi-cateur (ou d'une entité adjudicatrice). Tandis que, dans le cas des contrats de la commande publique, l'acheteur doit définir précisément les besoins à satisfaire, l'appel à projets se caractérise généralement par la définition, par la personne publique, d'un cadre plus général. La circulaire du 18 janvier 2010 susvisée précise ainsi que : « la collectivité lance un appel à projets qui lui permet de mettre en avant un certain nombre d'objectifs lui parais-sant présenter un intérêt particulier. Il s'agit de définir un cadre général, une thématique. (...) Dans le cadre des appels à projet, la collectivité publique a identifié une problématique mais n'a pas défini la solution attendue. » De la même manière, la circulaire du 29 septembre 2015 précitée indique que, dans le cadre des recueils d'initia-tives, les pouvoirs publics doivent se limiter à la défini-tion d'objectifs généraux.

[8] CCP, art. L. 1111-1.

[9] CCP, art. L. 1121-1.

[10] Circulaire n° 5811-SG du 29 septembre 2015 relative aux nouvelles relations entre les pouvoirs publics et les associations : déclinaison de la charte des engagements réciproques et soutien public aux associations, Annexe 1.

Un dernier critère de distinction généralement retenu entre appel à projets et contrats de la commande pu-blique tient enfin à l'existence ou non d'une contrepar-tie onéreuse au profit de l'opérateur économique. En matière d'appels à projets, il n'est pas prévu en principe de rémunération du porteur de projet par la personne publique : dans le cas par exemple d'appels à projets consistant en la cession de biens domaniaux, la personne publique a ainsi la position de vendeur et non d'ache-teur^[11]. Elle perçoit donc un prix en échange de la vente de terrains. A contrario, le marché public et la conces-sion ont pour objet des travaux, services ou fournitures répondant aux besoins d'un acheteur public ou d'une autorité concédante en échange d'une contrepartie pou-vant prendre la forme d'un « prix ou tout équivalent »^[12] (pour les marchés publics) ou du « droit d'exploiter l'ou-vrage ou le service qui fait l'objet du contrat, (...) (le cas échéant) assorti d'un prix »^[13] (pour les concessions).

Il n'échappera à personne en pratique que la mise en œuvre de ces critères de distinction s'avère plus que délicate et les risques de requalification d'un appel à projets notamment en marché public souvent très im-portants.

L'appel à projets et les modalités de délivrance des titres d'occupation du domaine des personnes publiques

En écho à la distinction déjà opérée précédemment, les appels à projets au sens strict doivent en principe aussi être distingués de certaines formules existantes en matière de délivrance de titres d'occupation du do-main. Disons-le d'emblée, l'appel à projets n'est pas la procédure ayant vocation pour les personnes publiques à satisfaire aux nouvelles exigences fixées par le Code général de la propriété des personnes publiques en matière de délivrance des titres d'occupation domaniale.

Il est en effet désormais prévu une procédure de sélec-tion préalable des bénéficiaires d'autorisation d'occupa-tion du domaine public, conformément aux dispositions de l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. Ainsi, « sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes

[11] Voir CJCE, 25 mars 2010, Helmut Müller, aff. C-451/08, point 41 : dans ces conditions la cession de terrains ne relève en principe pas de la commande publique. Elle est toutefois requalifiable en marché si l'objet principal du contrat est la réalisation de travaux en vue de la construction, selon des spécifications précises imposées par des personnes publiques, d'ouvrages qui, même destinés à des tiers, répondent à un besoin d'intérêt général défini par les collectivités (CAA Marseille 25 février 2010, Commune de Rognes, req. n° 07MA03620).

[12] CCP, art. L. 1111-1.

[13] CCP, art. L. 1121-1.

les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester ». Ce même article prévoit par ailleurs une procédure de « manifestation d'intérêt pertinent » encadrée de la manière suivante : « Lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, l'autorité compétente n'est tenue que de procéder à une publicité préalable à la délivrance du titre, de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution ». Ce nouveau dispositif en matière de délivrance de titres d'occupation appelle une série de remarques en lien avec la définition de l'appel à projets. Ce dernier ne devrait en principe pas être conçu comme le mécanisme idoine ayant vocation à assurer la procédure de sélection préalable des occupants du domaine visé par les dispositions précitées. Cependant, en pratique, il ne peut être ignoré que, chez certaines partenaires publics, la vision de « l'appel à projets » est désormais assez large et qu'à ce titre certaines procédures peuvent aboutir à la délivrance de titres d'occupation domaniale : c'est le cas par exemple de l'appel à projet lancé récemment par HAROPA-Port de Paris « Réinventer la Seine » pour le développement des activités de tourisme fluvial, transport de passagers, animations ou loisirs sur le domaine portuaire. Ce flou laissé sur la nature potentielle des actes juridiques qui résulteraient de la procédure d'appel à projets – avec la simple mention d'un transfert de droits dont la nature exacte est à proposer par l'équipe projet – pose assurément un certain nombre de questionnements notamment en raison d'un éventuel risque de requalification du montage. Toujours est-il que, si la procédure d'appel à projets est susceptible de déboucher sur la délivrance d'un titre d'occupation domaniale, alors la prudence devra conduire à s'assurer que ce point soit clairement énoncé et surtout que la procédure suivie respecte les principes rappelés par la jurisprudence européenne^[14] et posés par les dispositions des articles L. 2122-1 et suivants du Code général de la propriété des personnes publiques^[15].

[14] CJUE 14 juillet 2016, Promoimpresa Srl et Mario Melis e.a, Aff. C-458/14 et C-67/15.

[15] À noter que, souhaitant aller plus loin, la doctrine ministérielle être favorable à l'application de la même réglementation à la délivrance de titres sur le domaine privé. Ainsi une réponse ministérielle du 29 janvier dernier considère que « la délivrance de titres sur le domaine privé doit garantir dans les mêmes termes le respect des principes d'impartialité, de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Ainsi, les autorités gestionnaires du domaine privé doivent donc mettre en œuvre des procédures similaires à celles qui prévalent pour le domaine public et qui sont précisées par les articles L. 2122-1-1 et s. du CG3P » [Rép. min. n° 12868, JOAN 29 janvier 2019, p. 861].

L'appel à projets et la recherche de critères contemporains de définition

Le plus souvent envisagé à travers le prisme de notions voisines, par opposition à celles-ci, sera tout de même permis de tenter de rechercher une définition actualisée de la notion d'appel à projets ou, à tout le moins des critères d'identification de celle-ci.

La recherche d'une définition positive de l'appel à projets

Il se déduit de son usage de plus en plus répandu par les personnes publiques, que l'appel à projets pourrait s'assimiler aujourd'hui à une forme de procédure ad hoc ayant pour principal objet la conception, la réalisation et le financement par un tiers d'un projet dont il serait à l'initiative, destiné à valoriser ou réaménager un lieu, un espace ou un bâtiment appartenant au domaine public ou privé des personnes publiques, ledit montage impliquant le plus souvent un transfert de droit au profit du ou des équipes-projets retenus.

Au moins trois critères – non exempts de controverses ou, à tout le moins, d'interrogations – permettraient ainsi d'identifier un appel projet : (i) une procédure ad hoc (ii) ayant pour objet de sélectionner un projet dont la « conception » serait de la seule initiative de l'équipe projet, (iii) sans contrepartie onéreuse directe.

S'agissant du premier critère d'identification – celui de la procédure ad hoc – il résulte d'un constat généralement opéré selon lequel les personnes publiques à l'initiative de l'appel à projets ne se soumettent généralement pas aux obligations de publicité et de mise en concurrence posées par les textes de la commande publique ou à celles applicables à la délivrance de titres d'occupation domaniale : l'organisation de la procédure répond ainsi à des contraintes librement choisies par elles. Ce premier élément de définition suscite néanmoins plusieurs observations. D'abord, et avant toute chose, ce critère est paradoxal : une notion juridique ne peut être définie en principe par rapport au régime juridique qui lui est applicable. Ce critère ne paraît donc pas véritablement pertinent de prime abord et suffisant à lui seul : ce n'est qu'en raison du fait que la procédure n'a pas vocation à aboutir à la conclusion d'un contrat relevant du champ de la commande publique ou parce qu'il n'a pas pour objet la délivrance d'un titre d'occupation domaniale que la personne publique à l'origine de l'appel à projets n'est pas tenue de respecter les règles contraignantes issues de ces réglementations. D'ailleurs, en cas de doute sur le type de montage contractuel auquel pourra conduire la procédure d'appel à projets, il s'agira prudemment de se soumettre à la procédure la plus contraignante. Ensuite, en tout état de cause, il importe de relever que cet élément de définition ne signifie pas que la personne publique à l'origine de l'appel à projets bénéficie d'une liberté totale en ce qui concerne la procé-



dures à suivre. Au contraire, elle est tenue de respecter les règles qu'elle a elle-même définies^[16].

Un second critère d'identification de l'appel à projets est celui de son objet. Celui-ci s'avère particulièrement délicat à définir précisément. Il est multiple en réalité comme en témoigne la variété des divers appels à projet lancés par les personnes publiques. Deux objets principaux semblent néanmoins avec prudence pouvoir être dégagés : (i) celui de la prise en charge généralement, par le lauréat, d'un projet consistant en la réalisation d'un ou de plusieurs projets immobiliers en lien avec une volonté d'animation ou de dynamisation d'un territoire ou d'un lieu et (ii) le transfert, au bénéfice de ce même lauréat, de droits dont les formes sont susceptibles d'être diverses : celles-ci pouvant consister par exemple en la cession de terrains ou bien en la simple délivrance d'un titre d'occupation de biens domaniaux, avec ou non l'octroi de droits réels^[17]. L'appel à projets ne devrait toutefois pas avoir pour objet de satisfaire un besoin spécifique des partenaires publics à son initiative. L'on mesure à travers ce second critère toute l'ambiguïté de la notion d'appel à projets. Se pose assurément la question de la frontière entre satisfaction de besoins exprimés par la personne publique ou, au contraire, simple valorisation foncière laissant une très large place à l'initiative des tiers porteurs du projet. Dans certains cas, il sera aisé d'identifier que cette frontière est franchie. Tel a été le cas à propos de l'appel à projets engagé récemment par la Ville de Paris portant notamment sur la réalisation de ponts sur la Seine. Dans un avis **remarqué** en date du 22 janvier 2019^[18], le Conseil d'État a **observé** que l'appel à projets envisagé tendait en réalité à réaliser des opérations de travaux au sens des dispositions de l'article L. 1111-2 du Code de la commande publique, lequel prévoit que : « Un marché de travaux a pour objet : 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ; 2° 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 ». En se référant notamment au contenu de l'avis relatif à la liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique, publié au

JO le 29 janvier 2019 et incluant les ponts, la haute juridiction administrative a estimé, dans son avis précité du 22 janvier 2019, que cet appel à projets constituait un marché public de travaux qui se devait de respecter la réglementation en matière de passation des contrats de la commande publique. La distinction n'est pas toujours évidente à mettre en œuvre. En effet, le critère de la réponse à un besoin est apprécié largement s'agissant notamment des marchés publics de travaux : peu importe que l'acheteur n'ait pas la qualité de maître d'ouvrage des travaux^[19], ou qu'il n'acquiert pas la propriété des ouvrages^[20] ; un marché public de travaux « n'exige pas que les travaux faisant l'objet du marché soient exécutés matériellement ou physiquement pour le pouvoir adjudicateur, dès lors que ces travaux sont exécutés dans l'intérêt économique direct de ce pouvoir »^[21].

Un dernier critère d'identification de l'appel à projets qui paraît pouvoir être dégagé est enfin celui de l'absence de contrepartie onéreuse pour le lauréat de l'appel à projets ; à la différence d'un marché public ou d'une concession, l'appel à projets ne devrait pas prévoir de contrepartie onéreuse au profit de l'opérateur économique. Au demeurant, comme évoqué déjà précédemment, dans bien des appels à projets, il n'est pas question d'un quelconque paiement d'un prix ou de sommes par la personne publique au lauréat. Les seuls flux financiers existants donnent d'ailleurs l'apparence d'une solution inverse, avec la perception d'un prix par la personne publique à l'origine du projet, voire parfois la simple perception de redevances d'occupation ou de loyers. Néanmoins, une fois encore, ce critère de distinction se révèle être d'une fausse simplicité et pourrait ne pas résister à l'expansionnisme du droit de la commande publique issu des directives communautaires. Ce constat résulte notamment de l'acception très large, par les textes et par la jurisprudence, de la notion de « contrepartie onéreuse ». Le prix au sens de la commande publique englobe tout à la fois « une somme d'argent versée par l'acheteur ou par un tiers, une rémunération en « nature », un abandon de recettes consenti, un droit de pouvoir exploiter un ouvrage ou un service... »^[22]. Le juge administratif a, par ailleurs, semble-t-il déjà pu considérer que la seule présence d'un « intérêt économique direct » pour une collectivité dans le cadre d'une cession immobilière avec charges suffisait à faire regarder comme satisfait le critère de la contrepartie onéreuse au profit de l'opérateur^[23]. Cette vision assez souple de la notion de contrepartie onéreuse transparaît aussi dans l'avis précité rendu le 22 janvier 2019 par le Conseil d'État : celui-ci a estimé que,

[16] CE 15 octobre 1982, Société d'affichage Giraudy, req. n°21609 ; voir aussi : TA Paris 14 juin 2017, req. n° 1604999.

[17] Voir notamment par exemple les appels à projet précités lancés par la Ville de Paris, « Réinventer la Seine » [« La réalisation de ces projets donnera lieu à des transferts de droits au bénéfice des lauréats de l'appel à projets selon des modalités à définir. », p.7 du Règlement de l'appel à projets] ou « Reinventing Cities » [L'appel à projet « 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. », i.e CE avis, 22 janvier 2019, req. n° 396221 avis relatif aux conditions de réalisation de passerelles innovantes sur la Seine, p. 2].

[18] CE avis, 22 janvier 2019, précité.

[19] CJCE 12 juillet 2001, Ordine degli architetti delle Province de Milano, aff. C-399/98.

[20] CJCE 18 janvier 2007, Jean Aurox et autres contre Commune de Roanne, aff. C-220/05.

[21] CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller, aff. C-451/08, point 90.

[22] Astrid Boullault, « Le «prix» comme critère de qualification des contrats de la commande publique », *Contrats Publics - Le Moniteur*, n° 199, juin 2019, p. 20.

[23] TA Toulon 16 novembre 2018, req. n°1501281 ; cette décision n'est toutefois pas véritablement exhaustive dans sa motivation sur la satisfaction de l'ensemble des critères de définition d'un marché public de travaux communautaire.

dans la mesure où il n'était pas possible de déterminer avec précision les termes de l'équilibre financier du contrat final, la seule notion de « modèle économique à inventer » suffisait à démontrer qu'une opération avait un caractère onéreux.^[24]

De l'intérêt d'une absence de définition précise de l'appel à projets ?

Au terme de cette réflexion, il semble donc toujours aussi difficile aujourd'hui d'appréhender et de cerner la notion d'appel à projets tant celle-ci, sans être galvaudée, ne cesse au contraire d'être utilisée à tout va. Cette situation conduit à un double constat.

D'abord, cette difficulté à définir avec précision la notion d'appel à projets est assurément frustrante et source de confusion ; il est très difficile d'identifier les « vrais » appels à projets d'autres procédures qui n'en portent que le nom. Sont ainsi souvent qualifiés d'appel à projets par les personnes publiques, des procédures ayant en réalité pour objet seulement la délivrance de titres d'occupation domaniale ou encore relatives à la passation de véritables marchés publics. Cette absence de définition juridique peut être aussi dangereuse pour les personnes publiques qui souhaitent y recourir ; ce d'autant plus qu'en cas d'hésitation entre la qualification d'appel à projets et de contrat de la commande publique, le juge décide d'imposer l'application de ces dernières règles. L'avis précité du Conseil d'État du 22 janvier 2019

en est une parfaite illustration et la Ville de Paris a été invitée à mettre un terme à la procédure d'appel à projets qu'elle avait lancée^[25]. Ajoutons enfin que la mise en œuvre d'une procédure d'appel à projets irrégulière pourra faire naître non seulement un risque d'annulation de la procédure de passation mise en œuvre par la personne publique mais aussi éventuellement un risque pénal : celui du délit de favoritisme^[26] prévu et réprimé à l'article 432-14 du Code pénal.

Pour autant, en réalité, cette absence de véritable définition de l'appel à projets peut être regardée comme une véritable opportunité. « L'obscur clarté » qui entoure cette notion est peut-être l'une des raisons de son succès persistant. Non, le droit de la commande publique n'a pas conquis tous les pans de la politique d'intervention des personnes publiques. Oui, il est permis encore pour des collectivités dans un cadre procédural qu'elles ont librement fixé de mobiliser des opérateurs économiques pour réaliser tel ou tel projet destiné à valoriser un lieu ou une partie de la cité. Il peut donc être avantageux pour des collectivités territoriales d'utiliser librement l'appel à projets pour des opérations d'envergure ayant pour objet de sélectionner une ou des équipes projets en échappant au carcan des règles de la commande publique et en favorisant l'initiative des tiers.

Non sans risques, la définition « en creux » de l'appel à projets est sans doute aussi ce qui fait sa plus grande richesse et sa force !

[24] CAA Bordeaux 2^e juin 2011, Région Limousin, req. n° 10BX01717.

[25] CE avis, 22 janvier 2019, n° 396221, ..

[26] Code pénal, art. 432-14.