

Note à l'attention de M. Pierre Lellouche, Secrétaire d'Etat chargé des affaires européennes

Objet : affaire Association Accomplir c. Ville de Paris – demande de déféré préfectoral c. l'avenant n°2 modifiant le marché de maîtrise d'œuvre relatif à l'aménagement du Jardin des Halles en date du 26 octobre 2005.

I. Le 30 juin 2010, le préfet de Paris a demandé au directeur général de SEMPARISEINE, dans le cadre d'un recours gracieux, de retirer l'avenant n°2 au marché de maîtrise d'œuvre relatif à l'aménagement du Jardin des Halles.

La préfet a commencé par rappeler que la signature de l'avenant était intervenue **à la demande du maître d'ouvrage** (la SEMPARISEINE mandataire de la ville de Paris) qui s'est rendue compte en juin 2009 que la démolition systématique de tous les « élégissements » n'était pas possible pour des raisons à la fois techniques, économiques et de sécurité. Le marché de maîtrise d'œuvre conclu avec le groupement d'entreprises dont SEURA est le mandataire avait précisément pour objet l'exécution du projet d'aménagement du jardin retenu par la Ville tel qu'il avait été conçu par SEURA dans le cadre d'un marché de définition. Or le projet prévoyait la destruction de tous les « élégissements » – espaces et volumes de hauteur variable situés entre les deux dalles qui surplombent le forum des halles – pour réaliser un nouveau jardin reposant sur une surface plane et surtout pour permettre l'installation de la cité de chantier nécessaire à la construction de la « Canopée », nouvel ouvrage destiné à remplacer la superstructure du Forum des Halles.

Le préfet a alors considéré que cet avenant était illégal pour trois séries de raisons.

En 1^{er} lieu, le préfet a estimé que l'avenant modifiait l'objet du contrat et qu'il était donc contraire au code des marchés publics (article 20) en l'absence de sujétions techniques imprévues. Il considère en effet que l'avenant *« concerne la réalisation d'une nouvelle mission et, par là même, [il] dénature le marché initial »*. Le préfet reconnaît ainsi que le projet initial du cabinet SEURA était inadapté aux contraintes du site et que l'avenant est de nature à *« fausser le jeu de la concurrence initiale au détriment des entreprises qui ont été écartées »* à l'issue de la procédure des marchés de définition.

En second lieu, le préfet considère qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un avenant mais d'un nouveau marché car, d'une part, *« l'augmentation de la rémunération du maître d'œuvre n'est pas la conséquence d'une réévaluation de la masse des travaux »* et, d'autre part, son montant bouleverse l'économie du marché. En outre, l'avenant n'a pas été conclu en raison de sujétions techniques imprévues, aucun des critères jurisprudentiels n'étant, en l'espèce, remplis.

En troisième lieu, le préfet a fait état de l'abrogation, par le décret du 26 avril 2010, de l'article 73 du code des marchés publics relatif aux marchés de définition. Celle-ci est intervenue après la condamnation de la France par un arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) du 10 décembre 2009 qui a considéré que la procédure française des marchés publics de définition qui limitait l'attribution des marchés d'exécution subséquents aux seuls titulaires d'un marché de définition portait atteinte au principe d'égalité de traitement des candidats à un marché public. Il résulte de cette abrogation que tous les marchés de définition en cours sont désormais privés de base légale et le préfet rappelle que *« les personnes publiques sont tenues de procéder à la résiliation des marchés d'exécution »*

subséquents à des marchés de définition en cours ». *A fortiori*, la ville de Paris ne pouvait pas conclure un avenant qui s'apparente à un nouveau marché sans mise en concurrence préalable.

II. Par courrier en date du 15 juillet 2010, la SEMPARISEINE a répondu aux arguments du préfet et a cherché à démontrer la légalité de l'avenant n°2. La SEMPARISEINE n'est pas parvenue à faire changer l'avis du préfet sur l'illégalité de l'avenant eu égard à son objet : il s'agit d'un avenant qui bouleverse l'économie du marché et qui est de nature à avoir faussé le jeu de la concurrence entre les titulaires des marchés de définition. Le préfet considère même que la SEMPARISEINE aurait dû, après avoir eu connaissance des difficultés liées à la démolition des élévissements, « *en prendre acte en résiliant le marché de 2005 d'aménagement du jardin, basé sur un programme de démolition de tous les élévissements* ». En effet, il considère à juste titre qu'il y a eu violation de l'article 5 du code des marchés publics qui oblige le pouvoir adjudicateur à déterminer avec précision la nature et l'étendue des besoins à satisfaire avant tout appel à la concurrence.

En revanche, la SEMPARISEINE a proposé une solution pour tirer les conséquences de la suppression des marchés de définition par le décret du 26 avril 2010. S'agissant d'un marché scindé en 4 tranches, elle propose de poursuivre l'exécution de la seule 1^{ère} tranche qui correspond à la phase d'étude du projet et de conclure un nouveau marché de maîtrise d'œuvre, après mise en concurrence préalable, pour les trois tranches suivantes. Elle propose donc de mettre fin au marché de maîtrise d'œuvre de 2005 en avril 2011.

Le préfet semble se satisfaire de cette solution qui irait « dans le sens d'une régularisation juridique ».

En aucun cas la résiliation du marché en 2011 ne permettra de régulariser une violation outrancière du code des marchés publics et du droit de la concurrence.

L'avenant porte sur une somme de 213.400 € H.T. Sachant que le montant initial de la 1^{ère} tranche du marché est de 664.772 € H.T, cela correspond à une augmentation de 32 % environ. En effet, comme le souligne le préfet, l'augmentation doit s'apprécier par rapport à la somme de la première tranche, la seule qui sera affermée puisque l'exécution des trois autres tranches fera l'objet d'un nouveau marché en 2011. Une augmentation de 32 % bouleverse, à l'évidence, l'économie du marché, la jurisprudence étant très sévère à l'égard des modifications apportées qui révèlent une mauvaise définition initiale des besoins. En outre, la SEMPARISEINE ne saurait s'abriter derrière la théorie des sujétions imprévues, les conditions d'extériorité et d'imprévisibilité faisant défaut.

Dès lors l'objet de l'avenant, comme l'a très bien compris le préfet, remet en cause le principe d'égalité de traitement entre les titulaires des marchés de définition puisque le projet choisi par la ville de Paris n'est manifestement pas réalisable pour des questions de sécurité notamment. L'illégalité de l'avenant est donc manifeste et ceci indépendamment de la question délicate des conséquences sur le marché en cours d'exécution de l'abrogation de la procédure des marchés publics de définition.

S'agissant des incertitudes juridiques liées à l'abrogation de la procédure des marchés publics de définition par le décret du 26 avril 2010, la doctrine considère, à la lumière de la jurisprudence de la CJUE, que les marchés passés en exécution d'un marché de définition et qui sont en cours d'exécution sont privés de base légale. C'est la raison pour laquelle la

circulaire du 13 juillet 2010 du ministère de l'intérieur demande aux préfets de déférer de manière systématique les marchés d'études conclus par les collectivités territoriales. C'est le cas, en l'espèce, s'agissant d'un avenant à un marché d'exécution qui ne peut s'analyser autrement que comme un nouveau marché d'études passé en application d'un marché de définition.

Dans le contexte du projet de réaménagement du quartier des halles les travaux de démolition du jardin ont commencé le 17 août 2010. Les habitants du quartier comme tous les contribuables parisiens ne comprendraient pas que le préfet, garant de la légalité, ne défère pas au contrôle juridictionnel un **avenant qui est en réalité un nouveau marché dont la légalité est doublement douteuse** : d'une part, le maintien d'une partie des élègissements décidé en 2009 a faussé la concurrence entre les quatre titulaires des marchés de définition choisis par la ville de Paris en 2002 et, d'autre part, sa conclusion est intervenue en violation du droit de l'Union Européenne et est de nature à porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats à la conclusion du marché d'études.

La demande de déféré doit être assortie d'une demande de suspension qui sera examinée par le tribunal administratif dans un rapide délai s'agissant d'une procédure d'urgence (art. L. 554-1 du code de justice administrative). Et le juge est tenu de faire droit à la demande de suspension si l'un des moyens invoqués apparaît de nature à faire naître un doute quant à la légalité de l'acte attaqué. Les conditions semblent parfaitement réunies, en l'espèce.

Sabine Boussard
Professeur de droit public à la faculté de droit de Paris Est
35, rue du Pont-Neuf 75001 Paris
sabine.boussard@u-pec.fr