



Liberté • Égalité • Fraternité  
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

PREFECTURE DE LA REGION D'ILE-DE-FRANCE

PREFECTURE DE PARIS  
DIRECTION DE L'ADMINISTRATION

Bureau des affaires juridiques

Contrôle des actes de commande publique

✉ Christophe CONTI

✉ Laurent CAIRE

☎ 01.49.28.45.59/44.83

☎ 01.49.28.45.75

christophe.conti@paris.pref.gouv.fr

laurent.caire@paris.pref.gouv.fr

Paris, le 30 JUIN 2010

Le préfet de la région d'Ile-de-France,  
préfet de Paris

à

Monsieur le directeur général  
de SEMPARISEINE

OBJET : avenant n°2 modifiant le marché n°2005 23078-02 de maîtrise d'œuvre relatif à l'aménagement du Jardin des Halles - Paris 1<sup>er</sup>.

REF : avenant enregistré le 27 mai 2010 à la préfecture sous le numéro 1528.

Dans le cadre du contrôle de légalité, vous m'avez transmis l'avenant n°2 ci-dessus référencé modifiant le marché n° 2005 23078-02 de maîtrise d'œuvre relatif à l'aménagement du Jardin des Halles - Paris 1<sup>er</sup>, notifié le 26 octobre 2005 pour un montant total de 1 533 574,62 euros HT.

Cet avenant a pour objet de prendre en compte la demande du maître d'ouvrage au maître d'œuvre de "*s'adapter au "relief" formé par les élévissements abritant des locaux et réseaux techniques*", ce qui implique l'abandon, sauf exceptions, de la démolition de ces élévissements prévue dans l'étude de définition initiale du maître d'œuvre. L'incidence financière de cette reprise des études est de 213 400 € HT, soit une augmentation du montant initial total du marché de 13,9 %.

L'examen de cet avenant appelle de ma part les remarques suivantes.

Cet avenant ne peut-être considéré comme celui établissant le forfait définitif de rémunération par lequel "[...] le coût prévisionnel des travaux proposé par le maître d'œuvre à l'appui de son avant projet (AVP) [...]" est affermi, conformément à l'article 4.1.2 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP). En effet, aux termes mêmes de l'avenant, la reprise des études est assurée à la demande du maître d'ouvrage. J'ajoute que l'article 4.1.3 du CCAP

prévoyant la modification de programme intervenant postérieurement à la prise des engagements définitifs définis à l'article 4.1.2 précité n'est pas davantage applicable en l'espèce.

Dans ce cadre, je vous rappelle les dispositions de l'article 20 du Code des marchés publics selon lesquelles « *sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché ou de l'accord-cadre, ni en changer l'objet* ».

Or, j'observe en premier lieu que la demande du maître d'ouvrage de ne pas détruire systématiquement les élégissements remet en cause de façon significative le projet initial du titulaire.

Cet avenant change en effet l'objet du marché n°2005 23078-02 dans la mesure où le programme de jardin retenu à l'issue des études de définition, qui prévoyait une démolition de tous les élégissements situés sous le jardin actuel, est modifié. Il ne s'agit donc pas d'un avenant ayant pour objet de permettre la poursuite des prestations, car il concerne la réalisation d'une nouvelle mission et par la même, il dénature le marché initial. Cet avenant me semble donc fausser le jeu de la concurrence initiale au détriment des entreprises qui ont été écartées, car le projet du titulaire sur ce point aurait dû être considéré comme inadapté aux contraintes du site, le maître de l'ouvrage n'étant à tout le moins pas sans connaître les caractéristiques précises de l'opération lors de l'établissement du programme initial.

De surcroît, l'augmentation de la rémunération du maître d'œuvre n'est pas la conséquence d'une réévaluation de la masse des travaux, car elle résulte uniquement de la reprise des études, l'absence de modification du taux de rémunération du maître d'œuvre étant sans incidence sur l'irrégularité de cet avenant.

Au surplus, le marché modifié par l'avenant de l'espèce est un marché à tranches. Compte tenu des informations fournies dans le cadre du contrôle de légalité, seule la tranche conditionnelle n°1 a été affermie. Or, pour apprécier l'impact d'un avenant, il est nécessaire de tenir compte de la somme des dépenses certaines liées au marché à la date à laquelle l'avenant est passé. Sur cette base, le montant de l'avenant n°2 rapporté au montant cumulé de la tranche ferme et de la tranche conditionnelle n°1 (674 772,84 € HT) conduit à une augmentation de 31,6%. Une telle augmentation constitue donc un bouleversement de l'économie du marché, eu égard à la nature des modifications retenues.

J'ajoute que la dérogation tenant au constat de sujétions techniques imprévues exige la réunion de plusieurs critères cumulatifs détaillés par le conseil d'État dans un arrêt du 30 juillet 2003, *Commune de Lens* : des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, un caractère exceptionnel, un caractère imprévisible au moment de la conclusion du contrat et une cause extérieure à la volonté des parties.

Ces limites découlent des dispositions de l'article 5 du Code des marchés publics, qui imposent une définition préalable des besoins précise. Je vous indique à cet égard que le tribunal administratif de Lyon a jugé qu'une augmentation du montant initial du marché de 4,2 %, résultant d'une mauvaise définition des besoins bouleversait l'économie du contrat (TA Lyon, 8 mars 2007, *Préfet du Rhône*).

En l'espèce, aucun de ces critères jurisprudentiels ne m'apparaît caractérisé dès lors que la partie du projet du titulaire relative à la démolition des élégissements a nécessairement été définie en connaissance des contraintes de l'opération obtenues du maître de l'ouvrage. Elle aurait donc dû être prévue dès l'origine dans le projet.

Enfin, je vous rappelle que par décret n°2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique en son article 40, l'article 73 du Code des marchés publics relatif aux marchés de définition a été abrogé.

L'article 41 du décret précité indique qu' "à l'exception des articles 37, 39 et 40, les dispositions du présent décret s'appliquent aux projets de contrat en vue desquels une consultation est engagée à compter de sa date d'entrée en vigueur. Les contrats en vue desquels une consultation a été engagée avant cette même date demeurent soumis pour leur passation aux dispositions du décret du 31 mars 1992 mentionné ci-dessus".

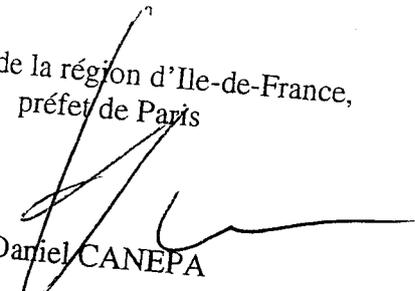
Ainsi, les dispositions d'abrogation de l'article 40 sont entrées en vigueur le lendemain de la publication du décret précité au Journal officiel, soit le 29 avril 2010.

En l'espèce, le marché de définition et le marché de maîtrise d'œuvre subséquent, modifié par l'avenant n°2 objet du présent courrier, se trouvent visés par l'exception.

Il résulte de ces dispositions et de l'arrêt C - 299/08 du 10 décembre 2009 de la Cour de justice de l'Union européenne, *Commission c/ France*, que les personnes publiques sont tenues, de procéder à la résiliation des marchés d'exécution subséquents à des marchés de définition en cours, désormais dépourvus de base légale. En votre qualité de mandataire, ces éléments vous sont opposables.

Dans ces conditions, je vous demande, aux termes du présent recours gracieux, de bien vouloir retirer l'avenant cité en objet.

Le préfet de la région d'Ile-de-France,  
préfet de Paris

  
Daniel CANEPA

(analyse de la  
réponse de la SEMPARISEINE  
par la Préfecture)

## ANNEXE

### Observations concernant l'avenant n°2 au marché n°2005 23078-02 de maîtrise d'œuvre relatif à l'aménagement du Jardin des Halles

Pour mémoire, en 2003, la ville de Paris a décidé d'engager une procédure de marchés de définition pour l'opération quartier des Halles en application des articles 73 et 74 du code des marchés publics (code des marchés publics de 2001 applicable), à la suite desquels elle se réservait la possibilité de passer un ou des marchés subséquents de maîtrise d'œuvre et/ou un ou des marchés d'assistance et de conseil pour la mise en oeuvre des orientations urbaines, sans nouvelle mise en concurrence, avec une ou plusieurs des équipes retenues.

Elle a conclu, après publicité et mise en concurrence, quatre marchés de définition avec quatre équipes différentes composées d'architecte, d'urbaniste et de programmiste : Atelier Jean Nouvel, MVRD (Winy Maas), OMA (Koolhaas), Seura (Mangin). Une seule équipe a été retenue (Seura Mangin), avec laquelle la Ville de Paris a conclu plusieurs marchés subséquents de maîtrise d'oeuvre.

L'avenant en cause a été reçu au bureau du contrôle de légalité le 27 mai 2010. Il modifie le marché n°2005 23078-02 de maîtrise d'oeuvre relatif à l'aménagement du jardin des Halles notifié le 26 octobre 2005 et qui est lui même un marché subséquent au marché de définition passé en 2003.

Par courrier en date du 30 juin 2010, j'ai demandé à la SEMPARISEINE, mandataire de la ville de Paris pour ce marché, de retirer cet avenant n°2 pour les motifs suivants :

- l'avenant change l'objet du marché,
- il en bouleverse l'économie,
- aucune sujétion technique imprévue ne justifie la conclusion de cet avenant,
- le marché n°2005 23078-02 est désormais dépourvu de base légale suite à l'abrogation de la procédure des marchés de définition par le décret n°2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique.

La SEMPARISEINE a répondu par un courrier réceptionné le 15 juillet 2010 sur ces 4 points.

#### 1) L'avenant change l'objet du marché.

La demande du maître d'ouvrage de ne pas détruire systématiquement les élégissements remet en cause de façon significative le projet initial du titulaire.

Par conséquent, cet avenant change l'objet du marché n°2005 23078-02 dans la mesure où le programme de jardin retenu à l'issue des études de définition, qui prévoyait une démolition de tous les élégissements situés sous le jardin actuel, est modifié. Il ne s'agit donc pas d'un avenant ayant pour objet de permettre la poursuite des prestations, car il concerne la réalisation d'une nouvelle mission et par la même, il dénature le marché initial.

Selon la SEMPARISEINE, il ne s'agit que de reprendre les études de conception de l'aménagement du jardin des Halles, afin de les adapter aux contraintes constituées par certains élégissements. Il ne s'agit donc pas d'une modification du programme initial. Cette reprise des études a été rendue nécessaire par le marché de maîtrise d'œuvre dédié à l'adaptation du nouveau forum dans le cadre de la rénovation du site des Halles passé le 5 juin 2009. Ce dernier marché a en effet révélé que les contraintes de sécurité publique au Forum ne supporteraient pas un traitement de certains locaux techniques situés dans certains de ces élégissements compatible avec l'avant-projet validé à la suite du marché de définition de 2005. En outre, seuls 10% des élégissements sont concernés. Sachant que les élégissements représentent au total 50 % de la surface du jardin, l'avenant ne porte que sur 5 % de cette surface totale.

Par ailleurs, le mandataire de la ville de Paris met en avant la complexité de la structure, les nombreux gestionnaires des équipements aujourd'hui abrités par le site ne disposant pas d'un diagnostic global et consolidé de l'ensemble des installations techniques situées dans les élégissements.

## **2) L'avenant bouleverse l'économie du marché.**

Le marché modifié par l'avenant est un marché à tranches. Compte tenu des informations fournies dans le cadre du contrôle de légalité, seule la tranche conditionnelle n°1 a été affermée. Or, pour apprécier l'impact d'un avenant, il est nécessaire de tenir compte de la somme des dépenses certaines liées au marché à la date à laquelle l'avenant est passé. Sur cette base, le montant de l'avenant n°2 rapporté au montant cumulé de la tranche ferme et de la tranche conditionnelle n°1 (674 772,84 € HT) conduit à une augmentation de 31,6 %. Un tel accroissement constitue donc un bouleversement de l'économie du marché, eu égard à la nature des modifications retenues.

La SEMPARISEINE considère qu'il convient de prendre en compte le montant global de toutes les tranches pour apprécier l'impact financier de l'avenant (soit une augmentation de 13,9%) en précisant qu'initialement, avant le courrier de la préfecture du 30 juin dernier, les tranches conditionnelles n°2 et n°3 devaient être affermées.

## **3) Cet avenant n'a pas pour cause des sujétions techniques imprévues.**

Il y a sujétions techniques imprévues quand les éléments suivants sont réunis : des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, un caractère exceptionnel, un caractère imprévisible au moment de la conclusion du contrat et une cause extérieure à la volonté des parties. Il ressort des éléments transmis au titre du contrôle de légalité que les conditions liées à l'imprévisibilité des événements et à leur extériorité ne sont pas réunies.

Selon la SEM, les difficultés matérielles rencontrées présentent un caractère exceptionnel découlant de la complexité du forum des Halles. Les modifications techniques ne pouvaient être prévues lors de la signature du marché car elles sont nées en cours d'exécution du marché de maîtrise d'œuvre de 2009 relatif à l'adaptation du nouveau forum. Enfin, elles sont extérieures aux parties puisque la contrainte réside dans l'existence des travaux d'élégissements préexistants réalisés antérieurement sur le forum.

#### 4) Sur les conséquences de la suppression des marchés de définition.

L'article 40 du décret n°2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique a abrogé l'article 73 du Code des marchés publics relatif aux marchés de définition.

L'article 41 du décret précité indique qu' « à l'exception des articles 37, 39 et 40, les dispositions du présent décret s'appliquent aux projets de contrat en vue desquels une consultation est engagée à compter de sa date d'entrée en vigueur. »

Ainsi, les dispositions d'abrogation de l'article 40 sont entrées en vigueur le lendemain de la publication du décret précité au Journal officiel, soit le 29 avril 2010.

En l'espèce, le marché de définition de 2003 et le marché de maîtrise d'œuvre subséquent du 26 novembre 2005 précité, modifié par l'avenant n°2, se trouvent visés par l'exception.

Il résulte de ces dispositions et de l'arrêt C - 299/08 du 10 décembre 2009 de la Cour de justice de l'Union européenne, *Commission c/ France*, que les personnes publiques sont tenues de procéder à la résiliation des marchés d'exécution subséquents à des marchés de définition en cours, désormais dépourvus de base légale, comme le rappelle une réponse ministérielle du 24 mars 2010 (réponse n°0780S, publiée au JO Sénat du 24 mars 2010, p.1946), aux termes de laquelle « *les personnes publiques sont tenues [...] de procéder à la résiliation des marchés [de définition et d'exécution] en cours.* » Les collectivités ont néanmoins été invitées à saisir la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi de toute difficulté pratique.

Etablir une position claire sur le sujet paraît être difficile, car le juge administratif vérifiera que l'atteinte à l'intérêt général causée par l'annulation du marché ne sera pas manifestement excessive. L'avenant en cause est fragile juridiquement du fait des dispositions du décret précité mais ce dernier ne prévoit pas pour autant la résiliation des marchés subséquents en cours d'exécution.

La circulaire du 13 juillet 2010 du ministère de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales (en annexe) relative aux marchés de définition précise les conséquences de l'abrogation de la procédure des marchés de définition.

Néanmoins, afin de prendre en compte ce nouvel environnement réglementaire mais pour tenir compte des contraintes pratiques, la SEMPARISEINE a **indiqué que les tranches conditionnelles n°2 et n°3 du marché ne seront pas affermies**. En effet le marché de maîtrise d'oeuvre était scindé en 4 tranches : 1 tranche ferme d'études avant-projet qui est achevée et 3 tranches conditionnelles dont l'exécution est prévue jusqu'en 2015.

Le mandataire de la ville de Paris prévoit donc l'arrêt de l'exécution du marché en avril 2011, date correspondant à la tranche conditionnelle n°1 celle de la validation du projet d'aménagement (phase études projet). Le montant total du marché (hors avenant) est de 1,834 M€ TTC dont in fine seuls 0,8 M€ seront « affermies ». Un nouveau marché de maîtrise d'œuvre, d'exécution uniquement, prendra le relais du marché actuel. La procédure de consultation de ce nouveau marché est prévue pour être lancée en septembre prochain.

En raison du recours à un autre prestataire pour le suivi de l'exécution du nouveau jardin, la SEMPARISEINE est actuellement en phase de négociation avec le titulaire du marché (SEURA) pour se voir transférer les droits de propriété intellectuelle sur les études. Ce protocole de non affermissement devrait passer en Conseil de Paris à l'automne. La délibération approuvant cet acte fera l'objet d'une attention particulière lors de sa réception au titre du contrôle de légalité.

\*  
\*   \*

Les arguments de la SEMPARISEINE appellent les éléments d'appréciation suivants.

Concernant le point n°2 (bouleversement de l'économie du marché), le raisonnement du mandataire est erroné concernant l'impact financier à prendre en compte tant au regard de la doctrine (télégramme du secrétariat général de la commission centrale des marchés n°195) que de la jurisprudence (TA Cergy Pontoise, 27 février 2001, *Préfet de la Seine Saint-Denis*).

Par ailleurs, concernant les points 1 (changement de l'objet du marché) et 3 (absence de sujétions techniques), le jeu de la concurrence initiale peut avoir été faussé par cet avenant au détriment des entreprises qui ont été écartées, car le projet du titulaire sur la destruction des élégissements aurait dû être considéré comme inadapté aux contraintes du site, le maître de l'ouvrage n'étant à tout le moins pas sans connaître les caractéristiques précises de l'opération lors de l'établissement du programme initial. Après la mise en lumière des problèmes relatifs à la démolition des élégissements par le marché de maîtrise d'oeuvre de 2009, la SEM aurait dû en prendre acte en résiliant le marché de 2005 d'aménagement du jardin, basé sur un programme de démolition de tous les élégissements. L'argument de la complexité du site des Halles et de la longueur et du coût de la formalisation d'un inventaire et d'un état des lieux global est contestable, car l'article 5 du Code des marchés publics qui exige une définition préalable et précise des besoins ne prend pas en compte ces éléments.

Néanmoins, s'agissant d'interprétations juridiques, il est difficile de présumer de la position du juge faute de jurisprudences claires et univoques sur les points soulevés.

Concernant l'incidence de l'abrogation des dispositions relatives aux marchés de définition, la solution proposée par la SEMPARISEINE tient compte de contraintes opérationnelles **mais va dans le sens d'une régularisation juridique** puisque le marché subséquent de 2005 qui devait courir jusqu'en 2015 sera arrêté avant terme en avril 2011. Cette solution, même si elle permet à l'avenant de produire ses effets jusqu'au 31 décembre 2010, serait néanmoins conforme à la suppression des marchés de définition.

Par ailleurs sauf à assortir un déferé éventuel, d'une demande de suspension, en vertu de l'article L 2131-6 du CGCT ou L554-1 du Code de justice administrative, compte tenu des délais de traitement par la juridiction administrative, l'avenant en cause et le marché pourraient produire leurs effets juridiques et financiers (y compris pour les tranches 2 et 3, si le mandataire décidait de les affermir). La recevabilité de la demande de suspension est en outre, conditionnée à l'existence d'un moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité de l'acte et le dépôt concomitant d'une requête au fond. Le TA de Paris doit statuer sur cette demande dans le délai d'un mois mais nonobstant le fait qu'on ne peut présumer de la position qui sera retenue par le juge administratif, une procédure en appel est toujours possible.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments et notamment des calendriers indiqués ci-dessus, la solution proposée par la SEMPARISEINE est juridiquement et d'un point de vue pratique opératoire et recevable.

Enfin, il convient de préciser qu'ont été déposés au contrôle de légalité le 28 juillet 2010, deux permis de démolir concernant le projet des Halles :

- le permis de démolir les constructions en émergence dans le jardin des Halles et les refends (celui qui régularise le permis qui avait été suspendu par le TA de Paris en mai dernier)
- le permis de démolir les pavillons dits de Willerval en superstructure du Forum des Halles, des verrières du cratère et de parties de planchers liées aux circulations verticales.

Ces permis sont en cours d'examen étant précisé qu'il a été indiqué au mandataire la SEMPARISEINE via les services de l'urbanisme de la Ville de Paris que les travaux ne pouvait démarrer avant 15 jours au plus tôt, puisque en application de l'article L424-7 et R 452-1 du code de l'urbanisme, le permis de démolir n'est exécutoire que 15 jours après sa notification au demandeur et sa transmission au préfet. La SEMPARISEINE a confirmé que les travaux ne démarreraient pas avant le 16 août.