

L'absence de complexité suffisante d'un projet de piscine rend impossible le recours au contrat de partenariat pour la personne publique

Lire les conclusions de :

Marc Dursapt

Conclusions du rapporteur public

Lire les commentaires de :

Pierre Levallois

La construction d'une piscine municipale ne présente pas un degré de complexité propre à justifier le recours au contrat de partenariat

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 12LY02827 – Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Auvergne c/ Commune de Commentry – 02 janvier 2014 – C+ [↗](#)

Désistement du pourvoi en cassation N° 376005

INDEX

Mots-clés

Contrat de partenariat, Partenariat public privé, Piscine communale, Complexité, L.1414-2 du CGCT

Rubriques

Marchés et contrats

Résumé Conclusions du rapporteur public Note universitaire

Résumé

- ¹ Recours au contrat de partenariat public privé pour la construction, le financement et la maintenance d'une piscine communale
- ² La commune de Commentry, 7 100 habitants, a décidé de construire une piscine en recourant au contrat de partenariat prévu à l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales. Le conseil régional de l'Ordre des architectes a demandé au tribunal administratif de Clermont-Ferrand puis à la Cour administrative d'appel de Lyon, l'annulation de la délibération du conseil municipal autorisant le maire à signer le contrat et la décision même du maire décidant de signer le contrat.
- ³ Le recours au contrat de partenariat est possible notamment si « compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ».
- ⁴ Par arrêt du 2 janvier 2014, la Cour a jugé que les particularités alléguées du projet de piscine étaient insuffisantes pour caractériser, dans les circonstances de l'espèce, une complexité telle que la commune n'ait pas été objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins, compte tenu notamment de la faculté dont elle disposait d'établir, en l'absence de particularité suffisante du projet, des spécifications techniques en terme de fonctionnalité ou de performance.
- ⁵ Le vice entachant la délibération et la décision en litige, tiré de l'illicéité du recours au contrat de partenariat, a affecté le bien-fondé de ce contrat. Par suite, cette irrégularité, d'une particulière gravité, et qui n'est pas régularisable, est de nature à justifier la résolution du contrat.
- ⁶ En conséquence, la Cour invite la commune de Commentry et la société d'équipement de l'Auvergne à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir, dans un délai de trois mois à compter de la notification du présent arrêt, le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée.

Conclusions du rapporteur public

Marc Dursapt

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6149](https://doi.org/10.35562/alyoda.6149)

- ¹ La commune de Commentry dans l'Allier, qui compte 7 100 habitants dans le bassin de Montluçon, a, par délibération de son conseil municipal du 23 septembre 2009, décidé la création d'une nouvelle piscine et d'un réseau de distribution de chaleur chargé à terme d'alimenter notamment cette nouvelle piscine.
- ² Par la même délibération, fort d'un avis favorable de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariats public/privé rendu au vu du rapport d'évaluation préalable prévu à l'article L1414-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), le conseil municipal a décidé de recourir à un tel contrat de partenariat pour la réalisation de la piscine et, dissociant les deux opérations, de recourir à la concession de service public pour le réseau de chaleur.
- ³ A l'issue d'une procédure de dialogue compétitif, le conseil municipal a décidé le 9 février 2011 de conclure, pour la conception, la construction, le financement et la maintenance de la piscine le contrat de partenariat public/privé avec la société d'équipement de l'Auvergne (SEAu) qui est une société d'économie mixte ayant son siège à Clermont-Ferrand.
- ⁴ Le contrat a été conclu le 16 mars 2011 pour une durée de vingt ans à compter de la notification du marché, incluant donc le délai de réalisation ; le coût total de l'opération y est mentionné pour 7 300 000 € HT ce qui doit faire 8 700 000 € TTC ; la rémunération du partenaire, à compter de la mise à disposition qui a eu lieu à l'été 2013, est fixée pour les 17 années ½ restant à courir à 940 000 € TTC par an hors application des clauses de pénalités ou intéressement et représentant son investissement, l'entretien-maintenance et le gros entretien-renouvellement. La commune assume l'exploitation commerciale, la surveillance des usagers, le nettoyage hors bassins, l'entretien des espaces verts et le renouvellement de petits matériels.
- ⁵ Mais le 5 avril 2011, le conseil régional de l'Ordre des architectes d'Auvergne avait saisi le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand d'une demande d'annulation de la délibération du 9 février 2011 et de la décision du maire de signer le contrat ainsi que d'une demande d'injonction à la commune de saisir le juge du contrat pour qu'il tire les conséquences de ces annulations sur le contrat lui-même.
- ⁶ Vous savez en effet que la profession d'architecte est particulièrement méfiante et vigilante vis à vis des nouvelles formes de la commande publique qui dérogent à la règle de séparation entre conception et réalisation de la loi dite MOP du 12 juillet 1985.

7 Le Tribunal a rejeté cette demande le 20 septembre 2012 par un jugement dont le conseil de l'Ordre des architectes d'Auvergne relève appel.

8 I - Il conteste d'abord la régularité du jugement.

9 [...]

10 II - Les défendeurs en cause d'appel reprennent la fin de non-recevoir opposée en 1ère instance tiré du défaut d'intérêt à agir du conseil de l'ordre des architectes au motif que la procédure de partenariat public privé a été conçue et juridictionnellement validée par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat de sorte qu'en soi elle est réputée ne pas porter atteinte à la profession d'architecte, dès lors que ceux-ci peuvent y participer au sein de groupements se portant candidats, comme cela a d'ailleurs été le cas en l'espèce.

11 Cette argumentation nécessite un rappel de ce qui a été jugé :

12 En effet, par décision 2003-473 DC du 26 juin 2003, le conseil constitutionnel a validé l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, article qui autorisait le Gouvernement à modifier la loi MOP du 12 juillet 1985 en instituant de nouvelles formes de contrats portant sur "la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions" ; après avoir affirmé qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, le conseil constitutionnel a rejeté le recours ; il a toutefois considéré que la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; ce qui l'a conduit à émettre à propos de cet article 6 de la loi d'habilitation une réserve d'interprétation selon laquelle les ordonnances prises sur son fondement ne devront déroger aux règles garantissant l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques ou le bon usage des deniers publics que pour des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé.

13 C'est donc une ordonnance du 17 juin 2004 qui a créé le contrat de partenariat public privé.

¹⁴ Elle a, bien sûr, été déférée au Conseil d'Etat qui a rejeté le recours par une décision du 29 octobre 2004 S. et autres au recueil. Constatant que le texte critiqué impose, même lorsque la personne publique confie tout ou partie de la conception des ouvrages à son cocontractant, d'une part, que les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural et que figure, au nombre des critères d'attribution du contrat, la qualité globale des ouvrages, d'autre part, que, parmi les conditions d'exécution du contrat, figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation, le Conseil d'Etat a estimé que ces dispositions, qui contribuent à préserver la spécificité de la fonction de maîtrise d'œuvre et à garantir la qualité architecturale des ouvrages réalisés dans le cadre des contrats de partenariat, conformément aux objectifs de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, satisfont ainsi aux exigences de l'article 6 de la loi d'habilitation.

¹⁵ La loi portant ratification de l'ordonnance du 17 juin 2004 a été à son tour portée devant le Conseil constitutionnel qui, par décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, après avoir vérifié le respect de sa réserve d'interprétation de la loi d'habilitation, a admis que le principe d'égalité devant la commande publique n'était pas méconnu par le recours ainsi encadré au contrat de partenariat ; toutefois ce n'est pas seulement parce que celui-ci contribue à préserver la spécificité de la fonction de maîtrise d'œuvre comme il le constate et comme l'avait déjà dit le Conseil d'Etat, mais aussi « compte tenu des caractéristiques particulières des situations dans lesquelles est justifiée la conclusion d'un contrat de partenariat ». Ce faisant le Conseil constitutionnel a certes jugé que, selon le principe d'égalité, le dispositif restait accessible aux maîtres d'œuvre dès lors qu'ils peuvent intégrer un groupement candidat, mais il n'a pas jugé pour autant que les conditions d'exercice de leur art dans le cadre d'une commande publique n'en étaient pas affectées.

¹⁶ Et c'est précisément au regard d'une telle considération que le Conseil d'Etat a, par la suite, admis l'intérêt à agir du même Conseil régional de l'ordre contre la passation d'un marché de conception-réalisation qui modifiant les conditions d'exercice de la fonction de maître d'œuvre, ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières et dont la passation est dès lors de nature à affecter les droits conférés aux architectes lorsque leur intervention est requise en application des dispositions de la loi du 3 janvier 1977 ; c'est une décision du 28 décembre 2001 Conseil régional de l'Ordre des architectes d'Auvergne n° 221649 au recueil, dont se prévalait d'ailleurs le conseil régional de l'ordre en première instance.

¹⁷ Le Conseil d'Etat a, par la suite, à nouveau affirmé que le contrat de conception réalisation modifie les conditions d'exercice de la fonction de maître d'œuvre : Communauté d'agglomération de Moulins

8 juillet 2005 n° 268610 B.

18 Nous ne voyons objectivement pas de raison pour qu'il en aille autrement face à un partenariat public privé (PPP) qui au regard de ces considérations présente des caractéristiques comparables. Vous écarterez donc la fin de non-recevoir réitérée.

19 III - Passons maintenant aux moyens du Conseil de l'Ordre mettant en cause la légalité de la délibération du 9 février 2011 et la décision du maire de signer le contrat.

20 Il excipe en réalité de l'illégalité de la délibération du 23 septembre 2009, celle par laquelle il a été décidé de recourir au PPP. Comme il le démontre, en présence de l'opération complexe que constitue la procédure aboutissant à la passation d'un marché, une telle exception est évidemment opérante ; voyez CE 29 décembre 1997 préfet des Côtes d'Armor n° 145567 aux tables.

21 1) La première cause d'illégalité de la délibération initiale tiendrait au défaut d'information du conseil municipal en raison des insuffisances et inexactitudes du rapport d'évaluation préalable sur la base duquel le choix du contrat de partenariat a été retenu ; ainsi seuls deux schémas juridiques auraient été envisagés, sans justification de raisons objectives permettant d'écarter les autres solutions juridiques et l'analyse n'aurait pas été suffisamment approfondie et sincère, contrairement aux recommandations de la circulaire du 9 mai 2012, s'agissant des délais de réalisation des différentes procédures, de la justification de la durée du contrat ou des implications économiques de chaque schéma.

22 [...]

23 Nous avons donc un doute quant à la parfaite information du conseil municipal.

24 Mais ce doute concerne seulement la comparaison des coûts de l'opération et il ne porte pas sur des montants considérables alors qu'il ressort clairement de la délibération du 23 septembre 2009 dont il est excipé de l'illégalité que le motif déterminant de la commune de choisir le PPP était la complexité du projet que nous allons traiter ensuite puisqu'elle est précisément contestée.

25 Nous ne sommes donc pas très enclins à vous proposer de faire droit au premier moyen.

26 2) Le second moyen de l'Ordre des architectes, toujours dans le cadre de l'exception d'illégalité de la délibération du 23 septembre 2009, conteste donc précisément la complexité du projet qui y est présentée comme le critère de choix du contrat de partenariat public privé (CPPP).

27 C'est donc le premier critère de l'article L1414-2 du CGCT que nous avons rappelé au début, c'est-à-dire l'hypothèse où, au regard de l'évaluation, il s'avère que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet.

28 L'appréciation de la complexité de ce projet au regard des exigences mises à la conclusion d'un CPPP se présente comme assez délicate d'autant que vous ne trouverez pas beaucoup de jurisprudence ; il y a certes les décisions que l'on vous cite du tribunal administratif de Montpellier 26 février 2010 Mme D., n° 0803471 admettant la complexité au regard des particularités d'un projet de réalisation du théâtre de l'Archipel à Perpignan qui reposait sur un projet architectural novateur des ateliers Jean Nouvel ; [...] .

29 Il y a aussi et surtout cet arrêt de la CAA de Bordeaux 26 juillet 2012 M. X n° 10BX02109 qui est signalé et d'ailleurs frappé d'un pourvoi qui devrait être prochainement jugé. Rappelant que le contrat de partenariat constitue une dérogation au droit commun de la commande publique, réservée aux seules situations répondant aux motifs d'intérêt général les justifiant, et que la complexité doit s'entendre comme mettant objectivement la personne publique dans l'impossibilité de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, la Cour a posé un principe selon lequel cette incapacité objective doit résulter de l'inadaptation des formules contractuelles classiques à apporter la réponse recherchée.

30 Contrairement au tribunal administratif de Pau, elle a refusé d'admettre la complexité invoquée pour la conclusion par la commune de Biarritz d'un CPPP pour la réalisation de la cité du surf et l'extension de l'aquarium du musée de la mer.

31 C'est, nous semble-t-il, une approche qui fait peu cas des moyens dont disposerait effectivement la personne publique pour définir seule et à l'avance les schémas techniques ou financiers pertinents et qui tend à restreindre la notion d'incapacité de cette personne publique. Toutefois il semble qu'ensuite la Cour ait entendu se fonder plus simplement sur la circonstance que la commune disposait déjà lors de son choix d'éléments suffisants lui permettant de définir seule son projet.

32 On peut faire un parallèle avec les conditions semblables mises par le code des marchés publics à la procédure du dialogue compétitif auquel la personne publique peut recourir si elle « est objectivement dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet. » ; comme vous l'avez vu c'est à ce propos que, sous une décision CE assemblée des chambres françaises

de commerce et d'industrie du 11 mars 2013, n° 364551, M. D. citait la fiche explicative établie par la commission européenne selon laquelle « la notion d'impossibilité objective n'est pas une notion abstraite [...] ; le pouvoir adjudicateur a une obligation de diligence – si par des moyens raisonnables il peut être en mesure de définir les moyens techniques nécessaires ou établir le montage juridico-financier, alors le recours au dialogue compétitif n'est pas possible ».

33 En l'espèce, la commune se prévaut surtout des normes techniques à respecter pour une piscine moderne, qui serait devenu un équipement plus complexe qu'il ne l'était par le passé, des critères d'éco-conditionnalité qu'elle souhaite mettre en œuvre notamment pour bénéficier de subventions. Elle évoque aussi la nécessité de coordonner le projet avec le développement d'un réseau de chauffage d'eau chaude et avec le sort à réserver à l'équipement existant.

34 Elle fait également valoir la modicité de ses moyens humains dédiés aux pôles techniques de la commune qui comprendraient seulement deux équipes de deux personnes, responsables inclus.

35 Le dimensionnement même du projet de piscine et ses différentes composantes semblent des plus courants ; son mode de raccordement à un système de chauffage même de normes écologiques élevées qui ne fait d'ailleurs pas partie du CPPP, ne nous semble pas présenter un degré de technicité hors du commun impossible à déceler par la commune parmi ce qui se fait sur le marché, même avec les moyens humains limités qu'elle invoque ; et même en additionnant à ces difficultés que nous n'entendons pas pour autant nier, la problématique des évolutions ultérieures des réglementations en matière de qualité des eaux ou d'établissement recevant du public, nous ne pensons pas, au-delà des termes choisis du rapport d'évaluation et de l'avis de la mission d'appui, que le projet de piscine de la commune de Commentry présentait au plan technique une complexité la mettant dans l'impossibilité de définir elle-même dans les grandes lignes les moyens propres à satisfaire son besoin en maîtrise d'ouvrage.

36 Et c'est la même appréciation qu'il faudrait à notre avis porter s'agissant de la complexité des montages juridiques et financiers.

37 Comme vous le rappellera certainement l'ordre requérant ce sont en général des projets d'une autre ampleur ou d'une technicité plus pointue dont le contrat de partenariat visait à favoriser la mise en œuvre efficiente.

38 Et l'on ne peut s'empêcher de songer, comme lui, que d'admettre en l'espèce le degré de complexité requis, pourrait s'appliquer à la grande majorité de nos piscines publiques, ce qui reviendrait à faire de la dérogation que constitue le recours au CPPP une extension qui méconnaîtrait les conditions mises à sa validation par le Conseil

constitutionnel et le Conseil d'Etat telles que nous les avons rappelées au stade de l'examen de la recevabilité de l'action du Conseil régional de l'ordre.

39 La démarche de la commune est certes compréhensible en ce sens qu'elle s'éviterait beaucoup de tracas mais elle ne semble pas correspondre tout à fait à l'état du droit, du moins pour le moment et à notre avis, mais vous pourrez légitimement hésiter car si la complexité doit être objective elle est nécessairement aussi en partie subjective au regard des moyens de la personne publique seule.

40 IV - Si, comme nous pensons que vous devriez le faire, vous annulez les décisions attaquées, vous devrez statuer sur les conclusions tendant littéralement à qu'il soit enjoint à la commune de mettre fin au contrat c'est-à-dire de le résilier, le cas échéant par accord amiable, ou à défaut de saisir le juge du contrat pour qu'il en constate la nullité, ce qui n'est d'ailleurs pas la même chose.

41 Selon la décision du Conseil d'Etat du 10 décembre 2012 sté Lyonnaise des Eaux France n° 355127 aux tables vous n'êtes pas tenus par les mesures demandées par les parties.

42 Ce serait donc le bien fondé du contrat qui serait en cause et dès lors, comme il s'évince de cette décision du CE, il vous faudra inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, leur enjoindre de saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée : voyez [CE 21 février 2011 Sté OPHRYS n° 337349 337394](#) au recueil.

43 Il n'y aura pas lieu de prononcer l'astreinte demandée.

44 [...]

Note universitaire

La construction d'une piscine municipale ne présente pas un degré de complexité propre à justifier le recours au contrat de partenariat

Pierre Levallois

Doctorant en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Elève avocat de la Région Rhône-Alpes - Promotion 2013-2014 - René Cassin

Autres ressources du même auteur



DOI : [10.35562/alyoda.6151](https://doi.org/10.35562/alyoda.6151)

¹ *La Cour administrative d'appel de Lyon livre son interprétation de la notion de complexité, comme condition de recours au contrat de partenariat. Elle ne dégage pas de standard juridique propre à mesurer la complexité technique d'un projet, mais exige de la personne publique contractante qu'elle justifie in concreto de la complexité technique de son projet en lien avec sa situation particulière, ou encore qu'elle apporte la preuve de son incapacité objective à établir seule et à l'avance le montage juridique et financier adéquat.*

² **C.A.A. Lyon - 4^{ème} Chambre - N° 12LY02827 - 2 janvier 2014 - Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne - C+**

³ « Par leur objet, les contrats de partenariat constituent des marchés publics au sens des directives européennes. L'objectif de lisibilité du droit exige de consacrer cette qualification en les intégrant dans l'ordonnance sur les marchés publics plutôt que d'en faire une catégorie juridique distincte à côté des marchés publics et des concessions » (P. Moscovici, Discours de clôture du colloque sur la transposition des directives européennes relatives aux marchés publics, 12 mars 2014) . Dans l'attente de la transposition des directives du 26 janvier 2014 relatives aux marchés publics et aux concessions (Directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE), le contrat de partenariat des collectivités territoriales et de leurs établissements publics (article L. 1414-1 et suivants du code général des collectivités territoriales, ci-après « CGCT ») est toujours considéré comme un contrat profondément dérogatoire au droit commun de la commande publique, constitué des marchés publics et des délégations de service public. En témoignent les réserves émises par le Conseil constitutionnel à son égard : « [...] la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au

bon usage des deniers publics ». Le recours au contrat de partenariat doit par conséquent être réservé « [...] à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé [...] » (Conseil constitutionnel, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit) . La loi n° 02008-735 du 28 juillet 2008 devait ajouter une troisième hypothèse dans laquelle le recours au contrat de partenariat est possible, celle dite du « bilan favorable » (article L. 1414-2 du CGCT, 3°) .

⁴ Il ressort nettement des avis de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat public-privé que la condition de complexité est la plus souvent invoquée par les collectivités territoriales ayant recours au contrat de partenariat. La collectivité qui s'y risque doit établir de manière suffisamment précise qu'elle n'est « *pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* » (article L. 1414-2 du CGCT, 1°) . La condition de complexité peut donc être remplie soit par la technicité du projet, soit par les difficultés à établir un montage juridico-financier pertinent.

⁵ En l'espèce, la commune de Commentry a décidé, par délibération de son conseil municipal du 23 septembre 2009, de recourir au contrat de partenariat pour la réalisation d'une piscine municipale. Par une nouvelle délibération du 9 février 2011, le conseil municipal a autorisé le maire à signer le contrat avec la société d'équipement de l'Auvergne, une société d'économie mixte. Le Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne, ainsi qu'un particulier, ont formé des recours pour excès de pouvoir à l'encontre de cette dernière délibération et contre la décision du maire de signer le contrat. Le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand a rejeté les requêtes par jugement du 20 septembre 2012. Saisie de l'appel contre ce jugement, la Cour de Lyon devait, par un arrêt du 2 janvier 2014, annuler la décision des premiers juges, ainsi que la délibération autorisant le maire à signer le contrat et la décision du maire de le signer, au motif que la complexité du projet, condition du recours au contrat de partenariat invoquée par la commune, n'était pas remplie.

⁶ L'arrêt du 2 janvier 2014, mis en perspective avec la jurisprudence administrative encore peu fournie sur la question, permet de cerner un peu mieux la notion de complexité justifiant le recours au contrat de partenariat (1). En l'espèce, le non-respect de la condition de complexité emporte de lourdes conséquences quant au sort du contrat (2).

1 – L'interprétation stricte de la notion de complexité du projet en tant que condition de recours à un contrat dérogatoire au droit commun

⁷ Consciente du caractère profondément dérogatoire au droit commun de la commande publique du contrat de partenariat, la Cour administrative d'appel livre une interprétation stricte de la condition de complexité du projet, plus stricte, semblerait-il, que l'interprétation de la notion de complexité en tant que condition de recours à la procédure du dialogue compétitif.

⁸ La commune de Commentry avait motivé le recours au contrat de partenariat par sa complexité technique et son incapacité à établir, seule et à l'avance, un montage juridique et financier adéquat. Historiquement, la notion de complexité en matière de contrats de partenariat est directement héritée de la condition de complexité justifiant le recours à la procédure de dialogue compétitif de l'article 36 du code des marchés publics. Ce dernier transpose l'article 1^{er}, 11, C de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 qui énonce qu'un marché public « *est considéré comme particulièrement complexe, aux fins du recours au dialogue compétitif, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas objectivement en mesure de définir [...] les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou à ses objectifs [ou] n'est pas en mesure d'établir le montage juridique et/ou financier d'un projet* ». En matière de marchés publics, il a récemment été admis que les conditions du recours à la procédure du dialogue compétitif étaient réunies pour un marché de prestations d'assurances collectives des collaborateurs du réseau de l'Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie (C.E. 11 mars 2013, n° 364551, Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie) . En l'espèce, « [...] *le marché litigieux s'inscrivait dans le cadre d'une réforme d'ensemble du réseau des chambres de commerce et d'industrie ; [...] il avait notamment pour objectif d'harmoniser les garanties d'assurance collective en matière de prévoyance et de frais de soins de santé pour l'ensemble des personnels du nouveau réseau consulaire, jusqu'alors couverts de manière hétérogène par de nombreux contrats souscrits par les différents établissements ou " entités " liés au réseau consulaire ; qu'il avait ainsi vocation à se substituer progressivement, en fonction de leurs dates d'échéance respectives, à tous les contrats passés par les établissements et " entités " ; [...] en outre, l'ACCI souhaitait que soient mises au point des solutions techniques originales permettant à la fois d'optimiser le dialogue social et la " gouvernance " du dispositif et de renforcer la qualité de la couverture des soins à moindre coût, en tenant compte de l'hétérogénéité des pratiques antérieures [...]* ». Dans ces conditions, le Conseil d'Etat a estimé que

le pouvoir adjudicateur pouvait être regardé comme n'étant pas en mesure de définir seul et à l'avance l'ensemble des moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, et que, partant, la condition de complexité motivant le recours à la procédure du dialogue compétitif était remplie.

9

En ce qui concerne le contrat de partenariat, peu nombreuses sont les décisions juridictionnelles traitant de cette condition de la complexité technique du projet. On relèvera que le Tribunal administratif de Montpellier a validé le recours à cette formule contractuelle pour la mise en œuvre d'un projet de théâtre à Perpignan. Dans cette affaire, la commune s'était fondée sur un projet de maîtrise d'œuvre réalisé par les Ateliers Jean Nouvel ayant abouti « [...] à la présentation d'un projet architectural complexe, constitué d'un ensemble de bâtiments reliés entre eux par une pergola vitrée, suspendue et recouverte de végétaux, et comprenant en particulier une salle de spectacle en forme de galet, de couleur grenat et d'aspect brillant [...] ». Le Tribunal a retenu que : « [...] les études techniques pour la réalisation de cet ensemble, et en particulier de la salle de spectacles et de son revêtement, dont la forme et l'aspect extérieur étaient novateurs et au cœur du projet, restaient à réaliser à ce stade de son développement ; qu'eu égard à la complexité technique de sa réalisation et à l'importance de l'esthétique du projet, imposant des contraintes spécifiques de maintenance, la commune de Perpignan n'était pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins [...] » (T.A. Montpellier, 26 février 2010, n° 00803471, Dillenschneider, *Droit administratif*, 2010, n° 06, comm. n° 094, note F. Brenet).

10

Par un arrêt du 26 juillet 2012, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a censuré un jugement du Tribunal administratif de Pau qui avait validé le recours au contrat de partenariat, par la commune de Biarritz, pour la réalisation de la cité du surf et l'extension de l'aquarium du musée de la mer. Sur la condition de complexité, la Cour a retenu une approche innovante, en estimant que « [...] l'incapacité objective de la personne publique à définir seule ces moyens doit résulter de l'inadaptation des formules contractuelles classiques à apporter la réponse recherchée [...] » (C.A.A. Bordeaux, 6^{ème} chambre, 26 juillet 2012, n° 10BX02109, M. B.) . Cette interprétation de la condition de complexité par la Cour de Bordeaux a toutefois été censurée par le Conseil d'Etat, saisi en cassation, par une décision du 30 juillet 2014 (C.E., 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, 30 juillet 2014, n° 363007, Commune de Biarritz) .

11

L'arrêt de la Cour de Lyon du 2 janvier 2014 s'inscrit dans la même veine que la décision du Conseil d'Etat. La juridiction lyonnaise, plutôt que de dégager un standard juridique de la complexité du projet, a adopté une interprétation stricte, et surtout, *in concreto*, de la complexité technique du projet. La 4^{ème} chambre se livre à un

examen des arguments livrés par la commune de Commentry afin de justifier de la complexité de son projet de piscine municipale. La commune se prévaut du rapport d'évaluation préalable selon lequel la commune n'était pas à même de définir seule et à l'avance les moyens aptes à satisfaire ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet. La collectivité allègue également des contraintes réglementaires, techniques, sanitaires et d'utilisation particulière caractérisant la construction d'une piscine que la conception doit prendre en compte. Elle ajoute que le projet est rendu plus complexe par les contraintes environnementales et techniques, ainsi que par la nécessité de prendre en compte la fermeture annuelle et la réalisation du réseau de chaleur. Ces justifications ne sont cependant pas propres à motiver le recours au contrat de partenariat par la complexité du projet.

12

La Cour administrative d'appel de Lyon retient, en effet, que : « [...] *ces contraintes, même en tenant compte en outre de la nécessité de respecter les normes en vigueur pour ce type d'ouvrage, sont insuffisantes pour caractériser, dans les circonstances de l'espèce, une complexité telle que la commune n'ait pas été objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins, compte tenu notamment de la faculté dont elle disposait d'établir pour la piscine municipale et, en l'absence de particularité suffisante du projet, des spécifications techniques en terme de fonctionnalité ou de performance ; qu'il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que la collectivité n'ait pas été en mesure d'établir le montage financier ou juridique du projet [...]* ». En d'autres termes, l'ensemble des arguments avancés par la commune, tirés de la complexité qui caractériserait, *a fortiori*, toute piscine municipale moderne, n'était pas de nature à la mettre dans l'impossibilité de définir à l'avance ses besoins. La technicité du projet n'a rien d'extraordinaire, puisqu'elle est partagée par toutes les infrastructures du même genre. Au surplus, la technicité revendiquée du raccordement au réseau de chaleur n'existait pas, dans la mesure où cette partie des travaux était sortie du champ du contrat de partenariat pendant le dialogue compétitif. On comprend d'autant plus le point de vue du juge d'appel en considérant que, s'il avait accueilli le raisonnement de la personne publique, le recours au contrat de partenariat motivé par la complexité du projet aurait pu être revendiqué par l'ensemble des communes désirant bâtir une piscine municipale.

13

La complexité s'avère ainsi incompatible avec les opérations courantes, et n'est donc retenue que pour les projets exceptionnels, ce qu'illustre l'arrêt rendu le 3 avril 2014 par la Cour administrative d'appel de Paris relatif au contrat de partenariat conclu pour la réalisation du nouveau Palais de justice de Paris (ROUSSET O., concl. sur C.A.A. Paris, 3 avril 2014, Association la Justice dans la Cité, M.

Bourayne, n^{os} 13PA02766, 13PA02769, 13PA02770, AJDA, 2014, p. 1322) . Il est jugé que « [...] *les dimensions exceptionnelles de l'ouvrage à réaliser, qui aura une surface de plus de 60 000 m² et abritera 90 salles d'audience, le nombre et la nature des juridictions qui y seront hébergées, impliquant notamment la présence du pôle anti-terroriste et la tenue de procès à forte résonance médiatique, et l'importante fréquentation du bâtiment, évaluée à près de 9 000 personnes par jour [...] confèrent au projet envisagé une particulière complexité ; que celle-ci est encore accrue par les contraintes techniques et fonctionnelles induites par le choix [...] de la construction [...] dans une zone en cours d'aménagement sur d'anciennes emprises ferroviaires non viabilisées, d'un immeuble de très grande hauteur, dont il a notamment été décidé [...] qu'il devrait être exemplaire en matière de performance énergétique et de développement durable ; que [...] la réalisation de ce projet pose, en matière de sécurité et de sûreté, de performance acoustique et thermique, d'insertion de l'édifice dans son environnement, de maintenance et d'entretien des équipements, ainsi que de maîtrise des risques liés à un chantier d'une aussi grande ampleur, des difficultés telles que l'EPPJP a pu [...] estimer qu'il était nécessaire de recourir à un contrat global [...] ».* La nature exceptionnelle du projet ressort clairement de ces considérations, tant par ses dimensions que par les contraintes techniques dont il est assorti. Par suite, le Palais de justice de Paris relève d'une complexité particulière, propre à justifier le recours au contrat de partenariat.

¹⁴ Dans le même esprit, le Conseil d'Etat a estimé dans sa décision du 30 juillet 2014 susmentionnée, rendue à propos du projet « Biarritz-Océan », que « [...] *la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en œuvre ne peut suffire à justifier légalement le recours au contrat de partenariat, en l'absence de circonstances particulières de nature à établir qu'il était impossible à la commune de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins [...] ».* Il ajoute que, pour démontrer son incapacité à définir seule et à l'avance ces moyens techniques, la collectivité peut se fonder sur l'ensemble des études à sa disposition avant que ne soit prise la décision de recourir au contrat de partenariat, sans que les techniques postérieures ne puissent lui être opposables.

¹⁵ Ainsi l'arrêt de la Cour de Lyon, celui de la Cour de Bordeaux et la décision du Conseil d'Etat participent-ils d'un même mouvement. Ils semblent détacher la condition de complexité de ses origines de condition de recours à la procédure du dialogue compétitif. C'est probablement l'apport décisif de ces jurisprudences.

¹⁶ En effet, le contrat de partenariat est dérogoratoire au droit commun de la commande publique dans la mesure où il confie au cocontractant de l'administration une mission globale pouvant comprendre la

conception, la construction, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion de l'ouvrage ainsi que tout ou partie de son financement. Quant à la procédure du dialogue compétitif, elle se distingue des procédures de droit commun en ce qu'elle ne suppose pas une définition préalable de ses besoins par le pouvoir adjudicateur. Elle constitue donc une simple dérogation à l'obligation (à valeur réglementaire) de définition préalable des besoins, telle qu'elle est prévue par l'article 5 du code des marchés publics. Il est très clair que le recours au contrat de partenariat et le recours à la procédure du dialogue compétitif constituent deux choses bien différentes.

17

La preuve en est certainement que l'article L. 1414-5 du CGCT prévoit que le contrat de partenariat peut être attribué au terme d'une procédure de dialogue compétitif, d'appel d'offre, ou d'une procédure négociée. Ainsi, et quand bien même la conclusion du contrat de partenariat ne passerait pas nécessairement par une procédure de dialogue compétitif, la complexité du projet fait partie des conditions de recours à cette formule contractuelle. Il faut donc nécessairement distinguer entre la complexité en tant que condition de recours au contrat de partenariat, et la complexité en tant que condition de recours au dialogue compétitif. Dès lors, il n'y a pas lieu de considérer que cet arrêt porte « [...] *une atteinte masquée à l'usage du dialogue compétitif* [...] », comme ce point de vue a pu être soutenu par ailleurs (CHAMMING'S G., « Le contrat de partenariat à l'épreuve de la complexité », *AJDA*, 2014, p. 985). L'interprétation stricte de la condition de complexité en matière de recours au contrat de partenariat n'emporte pas nécessairement le même degré d'exigence en matière de recours au dialogue compétitif.

18

L'interprétation de la condition de complexité qui ressort des dernières décisions des juridictions administratives paraît fidèle aux réserves émises par le Conseil constitutionnel dans la décision du 26 juin 2003. Il est évident que si la condition de complexité n'est pas remplie en l'espèce, on doit en déduire que le recours au contrat de partenariat a été réalisé en méconnaissance des exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics. Ce sont, en effet, ces exigences constitutionnelles qui ont dicté les conditions législatives du recours au contrat de partenariat. La haute valeur juridique des normes violées par la décision de recours au contrat de partenariat explique, quant à elle, la sévérité des prescriptions émises par le juge de l'exécution quant au sort du contrat illégal.

2 – Les conséquences de l'illégalité du recours au contrat de partenariat sur le

sort du contrat

19 Le recours au contrat de partenariat étant jugé illégal, la Cour devait se prononcer sur les conclusions aux fins d'injonction.

20 Le juge de l'exécution se prononce sur les conséquences à tirer de l'annulation de l'acte détachable, conformément aux prescriptions de la décision « Ophrys » (C.E., 21 février 2011, Société Ophrys, n° 337349, BJCP, 2011, p. 133, concl. B. Dacosta ; JCPA, 2011, n° 02183, note Busson), selon laquelle « [...] *il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée [...]* ».

21 La Cour prend en compte la nature et la gravité du vice entachant le contrat d'illégalité, et décide d'enjoindre aux parties de résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'accord sur ce point, de saisir le juge du contrat afin qu'il en constate la nullité. Les principales critiques adressées à cet arrêt se concentrent sur l'atteinte à l'intérêt général que causerait la résolution des relations contractuelles, ou l'annulation de la convention par le juge du contrat (en ce sens, voir CHAMMING'S G., précité). La critique relève qu'au moment où le juge rend sa décision, l'ouvrage est construit et déjà en phase d'exploitation maintenance ; que les conséquences financières de la résolution du contrat sont dramatiques pour la commune, et que, dès lors, cet arrêt « [...] *ne démontre pas un modèle vertueux du bon usage et de la juste maîtrise des dépenses publiques [...]* ». Nous pensons au contraire que cette sanction est en totale adéquation avec la particulière gravité du vice entachant le contrat, la valeur constitutionnelle des règles violées n'étant plus à rappeler.

22 La balance entre la stabilité des relations contractuelles et l'atteinte à l'intérêt général pouvant résulter de l'annulation du contrat, et entre la nature et la gravité du vice dont est entaché son acte détachable, telle qu'elle est décrite dans la décision « Institut de la recherche pour le développement » (C.E., 10 décembre 2003, Institut de la recherche pour le développement, n° 248950, BJCP, 2004, n° 33, p. 136, concl. Piveteau ; AJDA, 2004, p. 394, note J.-D. Dreyfus) et assise par la décision « Ophrys » (précité), n'a pas vocation à ne jouer qu'en faveur de la stabilité des relations contractuelles.

23

Il est constant que le contrat peut être annulé dès lors que le vice constaté n'est pas propre à l'acte détachable, mais entache le contrat lui-même. Traditionnellement, si le contrat a un contenu illicite, il sera mis fin aux relations contractuelles. En l'espèce, le contrat est illégal dans son principe même : la collectivité ne pouvait pas, pour mener à bien son projet, passer un contrat de partenariat. Le vice n'est pas régularisable. Il est difficile, en réalité, de faire état d'un vice plus grave que celui-ci. Dès lors, il n'est pas choquant que le juge enjoigne aux parties de résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur ce point, de saisir le juge du contrat. En l'espèce, la Cour précise que « [...] *il n'appartient pas au juge de l'injonction, lorsqu'il estime qu'un vice justifie la résolution du contrat, de se prononcer sur les atteintes à l'intérêt général, qu'il appartiendra au seul juge du contrat d'examiner [...]* », en référence à la décision « Commune de Levallois-Perret » relative à l'articulation des pouvoirs entre le juge de l'exécution et le juge du contrat en matière d'annulation d'un acte détachable d'un contrat administratif (C.E., 9 avril 2010, Commune de Levallois-Perret, n° 309480) .

24

Sur fond de complexité, c'est finalement par un arrêt fidèle aux prescriptions originelles du Conseil constitutionnel que, plus de dix ans plus tard, la Cour administrative d'appel de Lyon rappelle que le contrat de partenariat reste une formule profondément dérogatoire au droit commun de la commande publique. Beaucoup de praticiens ont vu dans « *l'opacité* » du critère de la complexité un « *fourre-tout* » permettant l'accès au contrat de partenariat, quand bien même le projet n'était pas particulièrement complexe (M. Cornille, « Annulation du recours au contrat de partenariat pour le projet « Biarritz-Océan », *JCPA*, 2014, n^{os} 38-39, comm. n° 2268). L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon, en clarifiant la notion de complexité du projet, sonne probablement le glas de cette pratique. A moins que la transposition à venir des directives « marchés » et « concessions » ne vienne rebattre les cartes sur cette question.