

**N° 363007**

**Commune de Biarritz**

**7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup> sous-sections réunies**

**Audience du 11 juillet 2014**

**Lecture du 30 juillet 2014**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public**

A plusieurs égards, l'affaire qui vient d'être appelée sort de l'ordinaire. Tout d'abord, parce qu'elle porte sur les conditions du recours au contrat de partenariat, dispositif juridique en lui-même exceptionnel puisque, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003 (n° 2003-473 DC), il déroge au droit commun de la commande publique et ne peut être, pour cette raison, conclu que sous certaines conditions qui justifient une telle dérogation. Ces conditions étaient au nombre de deux dans l'ordonnance du 17 juin 2004 qui l'a institué, tenant soit à la complexité technique, juridique ou financière du projet, soit à l'urgence à le réaliser. La loi du 28 juillet 2008 a distingué deux cas d'urgence et ajouté une troisième hypothèse dite du bilan avantageux. Le présent pourvoi vous conduira à préciser pour la première fois les critères et modalités d'appréciation de la condition relative à la complexité technique du projet. Les principes que vous dégagerez sur ce point vaudront également pour l'application de cette condition du recours à la procédure du dialogue compétitif, posée dans les mêmes termes par l'article 36 du code des marchés publics. Cette procédure, également dérogatoire au droit commun de la commande publique en ce qu'elle fait participer les candidats à l'élaboration de l'objet du marché, apparaît d'ailleurs particulièrement adaptée à la passation des contrats de partenariat justifiés par la complexité du projet.

Ensuite, parce qu'elle porte sur une opération de grande ampleur, comme souvent pour les contrats de partenariat dont l'objet est de confier à un tiers, pour une période souvent longue, une mission globale de réalisation et parfois de conception, d'exploitation, de gestion et de financement d'un ouvrage, sous sa maîtrise d'ouvrage.

Souhaitant développer son offre touristique, la commune de Biarritz a élaboré au début des années 2000 un projet intitulé Biarritz Océan comprenant deux grandes opérations : d'une part l'extension et la modernisation du Musée de la Mer, construit en 1933, qui comprendra notamment de nouveaux aquariums, d'autre part la construction d'une Cité de l'océan et du surf. En septembre 2004, le conseil municipal a approuvé le programme de cette dernière opération et lancé une procédure de concours en vue de la passation d'un marché de maîtrise d'œuvre, qui a été confié en 2005 à un groupement conjoint d'architectes, et en exécution duquel ont été réalisés un avant-projet détaillé et des études de projet.

Après avoir, par une délibération du 26 janvier 2007, arrêté le principe du recours à un contrat de partenariat pour la réalisation sous maîtrise d'ouvrage commune des deux opérations et au terme d'une procédure de dialogue compétitif, le conseil municipal a, par une délibération du 23 juillet 2008, autorisé le maire à conclure le contrat avec une société

en nom collectif dénommée « Biarritz Océan », à signer diverses conventions de financement et à verser aux deux candidats évincés ayant remis une offre finale conforme une somme de 150 000 euros chacun. Le contrat de partenariat proprement dit distingue les deux opérations, dont il a pour objet d'assurer le financement, la réalisation des travaux et la maintenance des ouvrages, pour une durée de trente ans et un montant global de loyers proposés par le candidat retenu d'environ 65 millions d'euros. S'agissant de la Cité du surf et de l'océan, il précise que le contrat de maîtrise d'œuvre est transféré au titulaire du contrat, qui le poursuivra jusqu'à son terme. Les ouvrages ont été inaugurés à l'été 2011.

La délibération du 23 juillet 2008 a été contestée devant le TA de Pau par plusieurs conseillers municipaux. Par un jugement du 30 juin 2010, le tribunal a rejeté leur demande. L'un d'eux, M. S..., a persévéré et saisi la CAA de Bordeaux qui, par un arrêt<sup>1</sup> du 26 juillet 2012 contre lequel la commune de Biarritz se pourvoit régulièrement en cassation, a fait droit à sa demande en annulant le jugement et la délibération attaquée au motif que la complexité invoquée par la commune pour justifier la conclusion d'un contrat de partenariat n'était pas établie.

Si l'essentiel du pourvoi critique ce motif, il soulève également un moyen de régularité qui nous paraît fondé.

La commune de Biarritz avait opposé à la demande une fin de non recevoir tirée du défaut d'intérêt pour agir des requérants, au motif qu'ils ne justifiaient pas que la décision attaquée portait atteinte à leurs prérogatives. Le tribunal, qui a rejeté la demande au fond, n'a pas statué sur cette fin de non recevoir. En revanche la cour, qui a annulé le jugement, ne pouvait faire droit à la demande sans écarter au préalable cette fin de non recevoir, alors même qu'elle n'était pas reprise par la commune, dès lors que celle-ci ne l'avait pas expressément abandonnée (25 juin 2003, *Cne de Saillagouse*, n° 233119, aux T sur ce point).

Contrairement à ce que soutient M. S..., cette fin de non recevoir, si elle était à l'évidence non fondée, les membres des assemblées délibérantes ayant par cette seule qualité et sans avoir à se prévaloir d'une atteinte portée à leurs prérogatives, intérêt à contester les décisions qui émanent de ces assemblées (24 mai 1995, *ville de Meudon*, n° 150360, au rec), n'était pas pour autant inopérante. Elle aurait pu l'être si les requérants avaient invoqué une autre qualité leur donnant intérêt pour agir, par exemple celle de contribuables locaux, de sorte que la fin de non recevoir aurait visé une qualité qui n'était pas celle dont les requérants se prévalaient. Mais tel n'était pas le cas : ils n'avaient expressément invoqué aucune qualité particulière ni devant le tribunal, ni devant la cour, alors qu'il leur appartenait de le faire. La juridiction ne pouvait donc déterminer elle-même en quelle autre qualité que celle de membres du conseil municipal ils agissaient pour en déduire l'inopérance de la fin de non recevoir.

Vous annulerez donc l'arrêt pour ce motif, ce qui vous conduira à répondre au fond aux questions les plus importantes de ce litige relatives à l'appréciation de la complexité du projet.

Vous écarterez au préalable les deux fins de non recevoir opposées par la commune de Biarritz aux demandes de première instance et d'appel de M. S.... Nous avons répondu à la première, tirée de l'absence d'intérêt pour agir du requérant. La seconde n'est pas davantage fondée : contrairement à ce que soutient la commune, le mémoire d'appel ne se

<sup>1</sup> Commenté par P. Le Bouedec, *Contrat de partenariat et critère de complexité du projet*, Contrats publics, n° 125, oct. 2012.

borne pas à la reproduction littérale de l'argumentation du demandeur devant le tribunal, mais comporte des moyens dirigés contre le jugement (11 juin 1999, *OPHLM de la ville de Caen*, n° 173972, au rec).

Plus délicate est la question de savoir si le moyen tiré de ce que les conditions légales du recours au contrat de partenariat ne sont pas remplies peut être soulevé à l'encontre de la délibération du conseil municipal autorisant le maire à signer le contrat. Elle a justifié la réouverture de l'instruction et la réinscription de cette affaire sur laquelle nous avons déjà conclu devant vous le 20 novembre dernier.

Cette question se pose parce qu'en application du alinéa de l'article L. 1414-2 du CGCT (dans sa rédaction applicable au litige), l'évaluation préalable destinée à montrer que les conditions légales du recours au contrat de partenariat sont remplies « *est présentée à l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat* ».

Si cette décision de principe n'existait pas, vous n'auriez aucun doute à vérifier à l'occasion du recours dirigé contre le contrat ou contre la décision de le signer que les conditions auxquelles la loi subordonne la conclusion d'un tel contrat sont bien remplies. Mais dès lors que le législateur a prévu une décision distincte sur le principe du recours au contrat de partenariat, dont la légalité dépend de ces conditions, ne convient-il pas de réserver à la contestation de cette décision le contrôle du respect de ces conditions ? En d'autres termes, le séquençage du processus de formation du contrat de partenariat – décision de recourir à ce contrat ; élaboration de son contenu et sélection du cocontractant ; conclusion du contrat – doit-il se traduire au contentieux par l'impossibilité de discuter de la légalité du recours au contrat à l'occasion des recours pouvant être ultérieurement formés ?

Il nous semble nécessaire, pour répondre à cette question, de commencer par caractériser la nature de ces décisions et les liens qui les unissent. A cet égard, nous croyons qu'il vous faut vous départir d'une approche du processus contractuel comme succession de décisions, héritée d'une tradition de contrôle de la légalité de l'action administrative contractuelle qui s'opérait essentiellement à l'occasion des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les actes détachables du contrat. Vous avez pour la plupart des cas abandonné cette voie d'action au profit de la possibilité pour les tiers de contester la validité du contrat par un recours de pleine juridiction (Ass, 4 avril 2014, *Dépt de Tarn-et-Garonne*, n° 358994). Le choix du cocontractant, la délibération autorisant la conclusion du contrat et la décision de le signer, qui étaient quelque peu artificiellement détachés du processus contractuel pour permettre aux tiers d'en soumettre la légalité au juge de l'excès de pouvoir, ne peuvent désormais être discutés qu'à l'occasion du recours contre le contrat lui-même. Bien que le présent litige s'inscrive encore dans l'ancien dispositif contentieux, compte tenu de la date à laquelle il a été engagé, il nous semble que vous devriez appréhender la délibération autorisant le maire à signer le contrat comme vous le ferez bientôt lorsque l'objet du recours sera le contrat lui-même, c'est-à-dire en faisant prévaloir une approche unitaire du contrat et de sa formation.

Quelle est, dans cette perspective, la place de la décision de principe sur le recours au contrat de partenariat ?

Votre décision *Département de Tarn-et-Garonne* ne la mentionne pas parmi les actes détachables réintégrés dans le contrat. Devez-vous y voir une décision autonome du processus contractuel, comme l'est la délibération par laquelle l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale se prononce, en application de l'article L. 1411-1 du CGCT, sur le

principe d'une délégation de service public ? Vous avez jugé à propos de ces dernières conventions que cette délibération n'était pas un acte préparatoire mais une décision susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir (24 novembre 2010, *Association « Fédération d'action régionale pour l'environnement » et autres*, n° 318342). Plusieurs raisons vous ont conduit à cette solution : le législateur avait prévu un acte spécial ; le caractère règlementaire d'une décision relative au mode de gestion du service public ; enfin l'intérêt à pouvoir saisir le juge le plus vite possible, y compris par la voie du référé suspension, sans attendre la signature du contrat<sup>2</sup>. Mais peu après avoir ouvert cette voie de recours, vous avez précisé que seuls pouvaient être utilement invoqués à l'encontre de cette décision « les moyens relatifs aux vices propres dont cette décision serait entachée ou à la légalité du principe du recours à un délégataire pour la gestion du service ; que sont, en revanche, inopérants des moyens relatifs aux caractéristiques et aux modalités de mise en œuvre ultérieure de la délégation ou des prestations que cette délibération n'a pas pour objet d'arrêter définitivement » (4 juillet 2012, *Association « Fédération d'action régionale pour l'environnement » et autres*, n° 350752).

Comme le soulignait Nicolas Boulouis dans ses conclusions sur cette dernière décision, « cette délibération de principe n'est pas un acte qui, sur un plan contentieux, se rattacherait à la procédure contractuelle et qui comme tel aurait été détaché de cette procédure pour pouvoir faire l'objet d'un REP. A nos yeux, c'est un acte autonome, détaché du processus contractuel, qui conditionne certes le lancement de cette procédure mais qui pose des questions propres » car son objet est le mode de gestion d'un service public. La possibilité ouverte aux tiers de contester le contrat ne remettra donc probablement pas en cause la possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre cette décision de principe, la seule question qui se posera étant celle de la portée de son éventuelle illégalité sur le contrat<sup>3</sup>.

La délibération sur le principe du recours au contrat de partenariat n'est comparable à la délibération sur le principe de la délégation de service public que par le moment auquel elle intervient et la formalisation législative dont elle fait l'objet. En revanche, au regard de ce qui justifie l'autonomie de la première par rapport au processus contractuel, elle apparaît très différente, puisque son objet n'est pas de se prononcer sur un mode de gestion d'un service public, mais de choisir une catégorie contractuelle, qui ne sera pas sans conséquences sur la détermination des procédures de passation.

Qu'il faille considérer le processus contractuel dans son unité ne préjuge pas de la question du moment auquel la vérification des conditions légales du recours au contrat de partenariat doit être effectuée, à l'occasion d'un recours contre la décision de principe ou d'un recours contre le contrat ou aux deux. Mais vous devrez garder à l'esprit que, contrairement à la délibération sur le principe de la délégation de service public qui intervient avant le processus contractuel, la délibération sur le recours au contrat de partenariat en constitue la première étape.

Réserver la discussion contentieuse des conditions légales du recours au contrat de partenariat à la contestation de la délibération de principe présente des avantages évidents en termes de sécurisation du contrat. Il est à peine besoin de vous en faire le tableau. Le processus de formation de ces contrats, qui portent généralement sur des projets importants et complexes, est long et coûteux. Purger la contestation sur le principe du recours au moment

2 Conclusions N. Boulouis sur 4 juillet 2012, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement et autres*, n° 350752.

3 Voir sur ce point les conclusions de B. Dacosta sur la décision *Dépt de Tarn-et-Garonne*.

où il est arrêté permet à la collectivité de poursuivre la procédure sur une base affermie. Si la complexité a été admise, elle peut même être rassurée sur la possibilité de recourir au dialogue compétitif, qui est subordonnée à cette même condition (art L. 1414-5 du CGCT). En épousant le séquençage que représente la formalisation de la décision sur le principe du recours au contrat de partenariat, le contentieux garantit une sécurisation progressive du processus contractuel qui, à son terme, ne pourra plus être contesté que sur la procédure de passation et le contenu du contrat.

Cette solution peut se prévaloir de la volonté du législateur de formaliser cette décision de principe. Mais elle va beaucoup plus loin que la conséquence que vous avez tirée de cette formalisation en matière de délégations de service public. Car vous n'avez jamais affirmé que la possibilité d'en contester la légalité par la voie du recours pour excès de pouvoir faisait obstacle à ce que le principe de la gestion déléguée soit ensuite discuté, à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution du contrat. Vous ne pourriez d'ailleurs le faire : l'illicéité de la délégation d'un service public qui ne pourrait légalement l'être, parce qu'il relève par exemple des prérogatives de puissance publique (CE, 19 déc 2007, *Sté Sogeparc*, n° 260327, AJDA 2008, p. 419), est une cause de nullité du contrat qui s'impose à tout juge saisi du contrat, notamment à l'occasion d'un litige relatif à son exécution (Ass, 28 décembre 2009, *Cne de Béziers*, n° 304802).

Il est vrai que vous pourriez estimer que l'illégalité du recours au contrat de partenariat est moins grave que la délégation d'un service qui ne peut légalement l'être. Toutefois, le choix du contrat de partenariat n'est pas seulement une question de forme ou de procédure, mais aussi de fond puisqu'il va permettre d'introduire des clauses qui sont interdites dans les marchés publics, comme par exemple celles prévoyant un paiement différé. Certes, de telles clauses ne sont pas illicites dans les contrats de partenariat, mais elles le seraient dans tout autre contrat, de sorte que l'illicéité du recours au contrat de partenariat rend illicites les clauses qui ne pourraient se trouver légalement que dans un contrat de partenariat.

Cette solution serait donc particulièrement novatrice au regard des dispositifs existants. Elle représenterait également un revirement de jurisprudence, car vous avez déjà au moins implicitement adopté une position inverse dans votre décision L... du 23 juillet 2010 (n° 326544, aux rec sur ce point), en vérifiant que la condition d'urgence était remplie à l'occasion d'un recours contre la délibération décidant de l'attributaire du contrat et autorisant le président du conseil général à le signer. Vous avez même validé le contrôle effectué par les juges du fond, à cette occasion, sur le caractère suffisant de l'information que l'évaluation préalable a apportée aux membres de la commission permanente avant la délibération de principe.

Mais ce n'est finalement pas tant l'audace de la solution que les inconvénients qu'elle comporte qui nous conduisent à l'écartier.

Tout d'abord, nous devons avouer une réticence de principe à l'idée d'exclure du champ du contrôle de la validité du contrat - ou, pour quelque temps encore, de la décision de le conclure - la question pourtant essentielle du respect des conditions légales d'y recourir. Certes, nous voyons bien que cette question aura déjà pu être soumise à un juge à l'occasion du recours contre la décision de recourir au contrat de partenariat. Mais, outre que ce juge n'est pas le juge du contrat, il ne se prononce qu'au vu d'un projet, ce qui implique d'admettre que le juge de la validité du contrat tienne pour établie la légalité du recours au contrat au vu de ce qu'aura décidé un juge qui n'était pas saisi du contrat mais seulement d'un projet, qui a pu évoluer. Et priver le juge de la validité du contrat d'une vision complète du contrat nous

paraît aller à rebours de la plénitude qui caractérise l'office de ce juge tel que votre jurisprudence le construit depuis une dizaine d'années.

D'autant que, pour que la sécurité juridique recherchée soit effectivement garantie, il faudra également que, lorsque la complexité a justifié non seulement le recours au contrat de partenariat mais également, ce qui sera le cas le plus fréquent, le choix d'une procédure de dialogue compétitif, ce choix ne puisse pas davantage être discuté à l'occasion de l'examen de la validité du contrat ou de la décision de le conclure, ce qui exclut encore du champ de compétence du juge du contrat le contrôle d'un élément fondamental de la régularité de la procédure suivie, qui fait traditionnellement partie de son office.

Cet inconvénient est encore plus important si l'on se place du côté des requérants, qui n'ont pas tous intérêt à contester et la décision de principe et le contrat de partenariat. Si l'intérêt des membres des assemblées délibérantes pour agir contre ces deux actes ne fait aucun doute, il n'en va pas de même par exemple des candidats dissuadés ou évincés qui ont intérêt à contester la validité du contrat et à invoquer l'illégalité du recours à une forme contractuelle à laquelle ils n'avaient pas les moyens d'accéder ou qui a pu permettre au pouvoir adjudicateur de choisir une procédure de passation particulière. Vous avez jugé à plusieurs reprises que le choix erroné d'une procédure de passation moins contraignante que celle qui devait légalement être suivie représentait un manquement aux règles de transparence et de mise en concurrence (29 mai 2013, *Sté Delta Process*, n° 365954, s'agissant d'un marché négocié plutôt que formalisé ; 23 novembre 2011, *Société GIHP Lorraine Transports*, n° 349746, aux T, s'agissant de l'erreur commise par une collectivité qui se croyait, à tort, entité adjudicatrice). Or l'intérêt d'un candidat évincé à contester le principe du recours au contrat de partenariat ne peut par définition naître qu'au terme du processus contractuel.

L'éventualité de l'évolution de l'objet du contrat entraîne ensuite une difficulté technique. Est-il concevable que le juge de la validité du contrat ou de la légalité de la décision de le conclure fasse abstraction des évolutions du projet qui ont pu conduire à lui faire perdre les caractéristiques qui justifiaient le recours au contrat de partenariat ? Il ne s'agit bien entendu pas ici de la condition d'urgence, mais de la complexité et du bilan avantageux. La question est d'autant plus importante que le recours au contrat de partenariat ne détermine pas seulement le choix d'une procédure, qui est achevée lorsque le juge du contrat est saisi. Il permet à la collectivité de prendre sur un très long terme des engagements très contraignants, notamment sur le plan financier. L'enjeu du contrôle ne porte donc pas que sur le respect des règles de transparence et de mise en concurrence mais aussi sur le bon usage des deniers publics, de sorte que les conditions de validité de l'engagement nous semblent devoir pouvoir être contrôlées au moment où il est pris et en tenant compte de son objet réel.

La présente affaire offre une illustration de l'évolution d'un projet, puisque l'un des facteurs de complexité du projet, la scénographie du musée du surf, même s'il n'était pas déterminant, a été abandonné au cours de l'élaboration du contrat. Et une telle situation peut être fréquente puisque la complexité justifie que le contenu du contrat soit élaboré avec les candidats à son attribution.

La difficulté n'est certes pas insurmontable. Le risque que la légalité d'un contrat soit appréciée au regard d'un projet qui ne correspond plus à la réalité pourrait être conjuré par un contrôle de l'objet du contrat au regard de ce qui avait été décidé initialement. Un contrat qui s'éloignerait trop de la décision de principe ne pourrait plus être regardé comme régulièrement conclu car le pouvoir adjudicateur aurait du se prononcer de nouveau sur l'étendue de ses besoins. Mais cette solution ne ferait finalement que déplacer l'insécurité juridique du champ du contrôle des conditions légales de recours au contrat de partenariat à celui de la régularité de la procédure, sans la réduire, car la comparaison entre le projet présenté à l'assemblée

délibérante lors de l'évaluation préalable et celui constituant l'objet du contrat, qui aura souvent évolué, et l'appréciation du caractère substantiel des modifications en résultant sera toujours sujet à discussions. Et comme vous le savez, la sécurité juridique que recherchent les participants à un contrat de partenariat ne dépend pas tant des moyens susceptibles d'être invoqués à l'appui d'un recours que de sa possibilité même.

Non seulement cette solution ne garantit pas la réussite de l'objectif de sécurisation juridique qu'elle poursuit, mais elle risque d'introduire des disparités peu cohérentes dans le régime juridique des contrats de partenariat.

Disparités entre les contrats, tout d'abord, selon qu'ils seront conclus par des collectivités territoriales ou leurs établissements publics, qui doivent se prononcer sur le principe du recours à ce contrat ou par l'Etat et ses établissements publics, qui n'y sont pas tenus. Pour ces derniers, le contrôle du respect des conditions légales ne peut avoir lieu que lors de la conclusion du contrat. Lorsque l'Etat ou l'un de ses établissements publics aura annoncé son intention de passer un contrat de partenariat, faudra-t-il considérer que cette annonce révèle une décision de principe qui, si elle n'est pas contestée dans les délais, deviendra définitive et fera obstacle à ce que le juge du contrat ou de la décision de le conclure contrôle le respect des conditions légales de recours au partenariat ? Une réponse positive ne va pas de soi, car l'identification d'une décision révélée n'est jamais évidente et le risque d'un contentieux préventif systématique n'est pas nul.

Disparités entre les procédures juridictionnelles dont sont justiciables ces contrats, ensuite. Car, comme vous l'avez indiqué dans votre décision *S... et autres* (29 oct 2004, n° 269814, p. 393), il revient notamment au juge du référé précontractuel de contrôler que les conditions légales du recours au contrat de partenariat sont remplies. Vous avez récemment réaffirmé que ce même juge devait également vérifier que le pouvoir adjudicateur avait pu légalement faire le choix de recourir à la procédure du dialogue compétitif (11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n° 364551, aux T sur ce point). Il nous semblerait peu cohérent que les conditions de recours au contrat de partenariat et à la procédure de dialogue compétitif généralement retenue lorsque le choix du contrat est justifié par la complexité puisse être contrôlée lors de la conclusion du contrat par le juge du référé précontractuel mais non par le juge du contrat. Une telle dissymétrie ne correspond pas à l'architecture de votre jurisprudence *Tropic – Dépt de Tarn-et-Garonne*.

Toutes ces raisons nous conduisent à exclure d'interdire au juge de la validité du contrat ou de la décision de conclure le contrat de contrôler le respect des conditions légales de recours au contrat de partenariat.

Cette possibilité ne devrait pas impliquer que la décision de principe ne puisse être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir dès qu'elle est prise. Même si elle fait partie intégrante du processus contractuel, il nous paraît très opportun de maintenir la possibilité d'un recours immédiat qui permettra de contrôler très en amont sa régularité et le respect des conditions légales au stade du projet. Nous pensons même que l'objectif de sécurité juridique devrait vous conduire à renoncer à votre conception traditionnelle du processus contractuel comme opération complexe, dont tous les éléments peuvent être soumis au juge saisi au terme de la procédure (8 déc 1997, *Sté Sotracer et ville d'Auxerre*, n° 168577, à propos d'une DSP ; 29 déc 1997, *Préfet des Côtes d'Armor*, n° 145567, à propos d'un marché public), au profit d'une irrecevabilité de la contestation de cette délibération après l'expiration du délai de recours contentieux, de sorte que ses vices propres ne menaceront plus la poursuite du processus contractuel. Non seulement sa régularité ne pourra plus être

invoquée à l'occasion d'un recours contre le contrat, mais ce qui aura été jugé sur sa légalité interne, ce qui inclut les conditions du recours au contrat de partenariat, aura l'autorité qui s'attache aux décisions rendues en excès de pouvoir, c'est-à-dire, s'agissant d'une décision de rejet, une autorité relative.

Mais si la délibération de principe ne peut plus être ultérieurement contestée en tant que décision, les conditions légales du recours au contrat de partenariat doivent pouvoir être contrôlées par le juge du contrat lorsque celui-ci est conclu, au vu de son objet et de ses clauses.

Cette solution nous semble équilibrée : elle représente un progrès dans la sécurisation du processus contractuel sans priver le juge du contrat du contrôle d'une condition essentielle de légalité du contrat ni une certaine catégorie de requérants intéressés de la possibilité de faire valoir cette illégalité.

Si vous nous suivez, vous admettrez que M. S... puisse utilement soutenir à l'appui de ses conclusions en annulation de la délibération autorisant le maire de la commune à le signer que les conditions légales de recours à un contrat de partenariat ne sont pas réunies.

A la date à laquelle la délibération attaquée a été adoptée, les dispositions régissant les contrats de partenariat étaient celles issues de l'ordonnance du 17 juin 2004, codifiée aux articles L. 1414-1 et suivants du code général des collectivités territoriales. L'article L. 1414-2 ne permettait la conclusion d'un contrat de partenariat que dans deux hypothèses : lorsque « *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 pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* » ou lorsque « *le projet présente un caractère d'urgence* ».

L'urgence n'a jamais été invoquée par la commune, et la difficulté à établir le montage financier ou juridique du projet est alléguée sans aucune justification pour l'étayer. La commune disposait d'ailleurs dès le lancement de la consultation des concours financiers nécessaires à la réalisation de l'opération.

La question ne porte donc que sur la condition relative à la complexité technique du projet. La formulation de cette condition n'ayant pas été modifiée par la loi de 2008, les principes que vous dégagerez pour contrôler cette condition conserveront toute leur actualité.

Vous devrez tout d'abord décider de l'intensité de votre contrôle de juge du fond sur cette condition et nous n'avons guère d'hésitations à vous inviter à procéder à un contrôle entier de la qualification juridique des faits.

Il ne fait tout d'abord aucun doute que cette condition légale de recours à une forme contractuelle jugée par le Conseil constitutionnel dérogatoire au droit commun et devant par conséquent être strictement justifiée par les circonstances auxquelles la loi en subordonne l'usage doit faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Dans sa décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004 relative à la loi de simplification du droit, qui ratifiait l'ordonnance du 17 juin 2004 créant les contrats de partenariat, le Conseil constitutionnel souligne l'importance du contrôle du juge sur les conditions légales du recours au contrat de partenariat pour la conformité du dispositif à la Constitution (cons. 20). Quelques années plus tard, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition de la loi relative aux contrats de partenariat qui instituait une présomption d'urgence dans certaines circonstances, au motif qu'elle empêchait le juge d'exercer un contrôle sur ce point (2008-567 DC du 24 juillet 2008, cons. 14). L'évaluation à laquelle doit procéder le pouvoir adjudicateur pour établir que les conditions du recours à ce contrat sont remplies et l'avis que lui donne dans ce cadre la Mission d'appui aux

partenariats public-privés, service administratif du ministère de l'économie, ne sauraient dispenser le juge de contrôler l'application de l'ensemble des dispositions de la loi.

Ce contrôle doit ensuite être entier, pour les mêmes raisons, parce qu'il porte sur une condition légale d'ouverture d'un régime juridique dérogatoire, tant au regard du droit interne que du droit européen. Plusieurs de vos décisions conduisent à cette solution: vous effectuez en cassation un contrôle entier sur la condition d'urgence (23 juillet 2010, *M. L... et Syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment*, n° 326544, au rec, notamment sur ce point) comme sur la condition de complexité pour recourir à la procédure de dialogue compétitif (11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des chambres de commerce et d'industrie*, n° 364551, aux T sur ce point). Or cette condition est identique, tant par sa fonction que par sa formulation, pour le recours au contrat de partenariat, à propos desquels vous effectuerez certainement le même contrôle de cassation. Si ces raisons justifient un contrôle entier en cassation, a fortiori justifient-elles un contrôle entier du juge du fond, qui est en général souverain lorsqu'il se limite au contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

La définition de la complexité du projet par application d'un critère tenant à ce que la personne publique ne soit pas « *objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins* » pose un certain nombre de questions qui sont au cœur du présent litige : A quel moment s'apprécie la complexité du projet lorsque, comme en l'espèce, le contrôle est effectué à l'occasion de la décision de conclure le contrat, dont l'objet a pu évoluer au cours du dialogue compétitif ? En l'occurrence, la scénographie de la Cité de l'océan et du surf, présentée à l'origine comme un élément de complexité, a été retirée de l'objet du contrat. Quelle portée donner à la notion d'incapacité objective à définir seule et à l'avance les moyens techniques ? Faut-il tenir compte, en l'espèce, des études préalables réalisées en application du marché de maîtrise d'œuvre conclu par la commune bien avant le lancement de la procédure de passation du contrat de partenariat ?

Pour répondre à ces questions, il n'est pas inutile de se reporter à la directive 2004/18/CE qui pose (article 1<sup>er</sup>, point 11 c) une condition de complexité pour le recours à la procédure de dialogue compétitif dont les dispositions du droit interne relatives tant à cette procédure qu'aux contrats de partenariat sont directement issues. Le considérant n° 31 de la directive précise qu'il s'agit des cas où les pouvoirs adjudicateurs sont « *dans l'impossibilité objective de définir les moyens aptes à satisfaire leurs besoins ou d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques et/ou de solutions financières et juridiques.* » Dans la fiche explicative de la directive qu'elle a rédigée, la Commission européenne évoque deux cas de figure qui correspondraient à cette définition : « le pouvoir adjudicateur ne serait pas capable de spécifier les moyens techniques à utiliser pour réaliser la solution prescrite, ce qui devrait être relativement rare compte tenu des possibilités d'établir les spécifications techniques – totalement ou partiellement – en termes de fonctionnalités ou de performances, ou bien – ce qui devrait être plus fréquent – que le pouvoir adjudicateur n'arrive pas à établir laquelle de plusieurs solutions possibles serait la plus à même de répondre à ses besoins ».

La complexité porte sur les moyens de satisfaire les besoins de la personne publique, c'est-à-dire sur la détermination précise des prestations que le pouvoir adjudicateur souhaite obtenir de son cocontractant pour mener à bien son projet. Elle est donc nécessairement résolue lorsque le contrat est conclu ou sur le point de l'être, notamment grâce au concours des candidats lors de la procédure du dialogue compétitif.

Lorsque les conditions de recours au contrat de partenariat sont contrôlées à l'occasion d'un recours contre le contrat ou la décision de le passer, la condition de complexité

doit s'apprécier au regard de l'objet du contrat tel qu'il a été conclu, à l'exclusion des besoins auxquels le pouvoir adjudicateur a renoncé en cours de procédure mais compte tenu des éléments dont il disposait à la date à laquelle il a lancé la procédure de passation. En d'autres termes, l'appréciation de la complexité ne doit pas tenir compte des contributions à la détermination des moyens techniques pouvant répondre aux besoins du pouvoir adjudicateur résultant des propositions faites par les candidats au cours du dialogue compétitif<sup>4</sup>.

En revanche, les éléments dont la personne publique dispose au moment où elle décide de lancer la procédure de passation et qui par conséquent ne feront pas partie des prestations attendues des candidats doivent être pris en compte. Cela découle d'abord de ce que la complexité du projet doit être appréciée au regard de l'objet du contrat. Par exemple, et la présente espèce en fournira une illustration, il ressort des dispositions de l'article L. 1414-1 que les contrats de partenariat ne comportent pas nécessairement de mission relative à la conception des ouvrages, qui peut donc faire l'objet de marchés de maîtrise d'œuvre séparés. Dans ce cas, la complexité relative à la conception des ouvrages ne pourra évidemment pas être prise en compte pour apprécier la complexité du projet faisant l'objet du contrat de partenariat, mais il faudra tenir compte des résultats des prestations de maîtrise d'œuvre dont la personne publique disposera au moment de lancer la procédure de passation du contrat de partenariat pour savoir si elle ne pouvait déterminer les moyens techniques de réalisation du projet.

Cela découle ensuite de ce que, comme le souligne la Commission européenne dans la fiche explicative que nous avons citée, "la notion d'impossibilité objective n'est pas une notion abstraite", dont l'application relèverait d'une recherche théorique de ce que peut faire un pouvoir adjudicateur. Il s'agit d'apprécier les capacités du pouvoir adjudicateur concerné, avec les données dont il dispose, y compris lorsqu'elles ont été produites par des tiers. La Commission met même à sa charge 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". Cette obligation de diligence, qui vise seulement à éviter que le pouvoir adjudicateur organise sa propre incapacité, ne signifie évidemment pas que la complexité est exclue dès lors que le pouvoir adjudicateur peut la réduire en recourant aux services de tiers, puisque de tels services peuvent faire l'objet du contrat. La condition de complexité ne doit pas limiter le choix de la personne publique d'arrêter ses besoins, c'est à dire les prestations qu'il entend obtenir de son cocontractant. Elle ne saurait donc avoir pour objet ni pour effet de contraindre le pouvoir adjudicateur à réaliser ou faire réaliser avant de lancer la procédure des études préalables qui peuvent faire partie du contrat de partenariat. Mais si ces études existent parce qu'elles ont été réalisées en exécution d'un contrat passé avant le contrat de partenariat, il ne saurait en être fait abstraction tant pour déterminer l'objet du contrat que pour apprécier les capacités du pouvoir adjudicateur à définir les moyens de le réaliser. L'impossibilité objective de la personne publique de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins s'entend donc de sa capacité, compte tenu des personnels et des données dont elle dispose, de définir avec précision le contenu des prestations nécessaires à la réalisation du projet pour lequel elle entend conclure le contrat de partenariat.

Si vous partagez cette analyse, vous apprécierez la complexité du projet que la commune de Biarritz entendait réaliser au moyen du contrat de partenariat qu'elle a autorisé son maire à conclure par la délibération contestée au regard de l'objet de ce contrat à la date

4 Voir également en ce sens : A. Ménéménis, *L'ordonnance sur les contrats de partenariat : heureuse innovation ou occasion manquée ?*, AJDA 2004, p. 1737.

de cette délibération, c'est à dire ne comportant ni maîtrise d'œuvre, ni scénographie de la Cité de l'océan et du surf. Et vous tiendrez compte, pour savoir si elle était capable de définir seule, avant le lancement de la procédure de dialogue compétitif, les moyens techniques de réaliser ce projet, des études de conception dont elle disposait en exécution du marché de maîtrise d'œuvre qu'elle avait conclu par ailleurs.

Il temps à présent d'appliquer ces principes directeurs au projet de la commune de Biarritz. Le contrat de partenariat distingue très nettement les deux opérations que sont la construction de la Cité de l'océan et du surf et la rénovation et l'extension du Musée de la mer, le choix de les confier à un seul cocontractant répondant, ainsi qu'il ressort du rapport de présentation du projet au conseil municipal lors de la séance à l'issue de laquelle la délibération litigieuse a été votée, à "un souci d'optimisation des coûts et des délais, de complémentarité et de cohérence dans la gestion technique". Le rapport d'évaluation préalable souligne que cette "intégration horizontale", qui a pour objectif de mutualiser et donc d'optimiser les compétences techniques mises en œuvre, imposera au titulaire de "favoriser les synergies dans la gestion technique" des deux établissements "pour générer des économies de moyens et atteindre les performances attendues par la ville". Le rapprochement des deux opérations n'a d'autres effets que l'unité de la maîtrise d'ouvrage ; il n'implique donc pas que la commune définisse des moyens techniques particuliers. La seule complexité que ce choix peut éventuellement entraîner concerne l'organisation de ses services que le titulaire devra mettre en place pour l'exécution du contrat.

En ce qui concerne tout d'abord la Cité de l'océan et du surf, la commune disposait, lors du lancement de la procédure de dialogue compétitif, d'un avant-projet détaillé réalisé par le groupement d'architectes en exécution du marché de maîtrise d'œuvre, qui a été annexé au programme fonctionnel remis à chaque candidat, et d'études de projet réalisées dans les mêmes conditions, qui ont également été remises aux candidats au cours de la procédure de dialogue. Ces avant-projet et études ont pour objet, comme l'indique le décret du 29 novembre 1993, de définir précisément les formes des différents éléments de la construction, la nature et les caractéristiques des matériaux et les conditions de leur mise en œuvre, son implantation, l'emplacement et les tracés des équipements techniques, alimentations et évacuations, ainsi que les principes constructifs et le coût prévisionnel de la réalisation de l'ouvrage. Il n'est pas allégué que, pour reprendre la typologie esquissée par la Commission dans la fiche explicative de la directive que nous avons citée, le pouvoir adjudicateur n'aurait pas été en mesure, grâce à ces études, de spécifier les moyens techniques à utiliser pour réaliser la solution qu'elles prescrivaient<sup>5</sup>. La commune disposait donc de données très détaillées sur les moyens techniques nécessaires à la construction du bâtiment; elle les avait communiqués aux candidats qui n'ont donc pas eu de propositions à faire sur ce point. Le contrat de maîtrise d'œuvre doit d'ailleurs être repris par le titulaire, et le rapport de présentation au conseil municipal souligne que l'offre retenue "est conforme aux dossiers établis par la maîtrise d'œuvre".

Quant à l'autre élément de complexité du projet initialement invoqué par la commune, relatif à la scénographie qu'il lui aurait été impossible de concevoir à l'avance, il a été abandonné au cours de la procédure et ne fait plus partie de l'objet du contrat. Il ne suffisait en tout état de cause pas à rendre le projet complexe.

5 Voir, pour un exemple positif de ce cas de figure, TA Montpellier, 26 février 2010, *Dillenschneider*, n° 0803471, DA n° 6, juin 2010, comm. 94, par F. Brenet.

En ce qui concerne l'extension et la rénovation du Musée de la mer, l'évaluation préalable à laquelle la commune a procédé relève au titre de la complexité du projet la réalisation d'un grand bassin de 1300 m<sup>3</sup> dans un espace souterrain mitoyen d'un tunnel routier et d'un ancien bunker, la mise en place d'équipements de haute technologie et l'ouverture au public des installations existantes durant les travaux.

Ces éléments établissent certainement la difficulté technique de la réalisation du projet, mais il n'est jamais démontré ni même allégué par la commune qu'elle était dans l'impossibilité de définir à l'avance les moyens de répondre à ses difficultés. Or la condition à laquelle est subordonné le recours au contrat de partenariat n'est pas la complexité technique du projet, mais l'impossibilité de la personne publique de définir seule et à l'avance les moyens d'y faire face. La commune ne démontre ni même n'allègue que les particularités de la réalisation du projet ne pouvaient faire l'objet de conditions d'exécution du contrat fixées dans les documents de la consultation, conformément au droit commun. Ne pas exiger cette démonstration conduirait à modifier substantiellement la portée de la condition de complexité et à permettre le recours aux contrats de partenariats pour tous les projets présentant des difficultés techniques, alors que le plus souvent le pouvoir adjudicateur est parfaitement en mesure d'intégrer ces difficultés dans la définition de ses besoins.

Nous vous proposons donc de juger que les conditions pour recourir au contrat de partenariat n'étant pas remplies, la commune de Biarritz ne pouvait légalement autoriser son maire à signer un tel contrat. Vous annulerez donc, sans avoir à examiner l'autre moyen de la requête d'appel de M. S... tiré de ce que la commission consultative des services publics locaux n'aurait pas été consultée et qui n'est pas fondé, le jugement du TA de Pau et la délibération du 23 juillet 2008 en tant qu'elle autorise le maire à signer le contrat de partenariat.

En revanche, il n'y a pas lieu d'étendre cette annulation à l'acceptation par la commune de la cession de créances consentie par la SNC Biarritz Océan à son organisme financier prêteur et à l'autorisation de signer l'accord autonome entre la commune et ce dernier, qui en sont divisibles et contre lesquels aucun moyen n'est soulevé.

Il n'y a pas non plus lieu de l'étendre à l'autorisation donnée au maire par la même délibération de verser aux deux candidats non retenus une somme de 150 000 euros chacun est indépendante de la conclusion du contrat de partenariat. Elle indemnise les candidats des prestations qu'ils ont réalisées dans le cadre du dialogue compétitif et qui ont pu être utiles à la commune. Aucun moyen n'est d'ailleurs dirigé contre cette décision.

Vous pourrez enfin mettre à la charge de la commune de Biarritz le versement à M. S... d'une somme de 6 000 euros au titre des frais qu'il a exposés devant le tribunal, devant les cour et devant vous. La SNC Biarritz Océan, partie perdante, ne peut prétendre au remboursement des frais qu'elle a exposés dans cette instance.

Tel est le sens de nos conclusions dans cette affaire.