

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Après avoir décidé, en avril 2010, de recourir à un contrat de partenariat pour la réalisation et la maintenance d'un nouvel hôtel de ville, l'aménagement de son parvis et la valorisation foncière de deux îlots voisins et au terme d'une procédure de dialogue compétitif, le conseil municipal de la commune de La Teste-de-Buch (Gironde) a, par une délibération du 13 septembre 2011, approuvé son attribution à la société Auxifip et autorisé le maire à signer le contrat. Cette délibération a été contestée par un conseiller municipal devant le TA de Bordeaux qui a fait droit à sa demande en en prononçant l'annulation et en enjoignant à la commune de résilier le contrat. Par un arrêt du 31 mai 2016 contre lequel la commune se pourvoit en cassation, la CAA de Bordeaux a rejeté l'appel qu'elle avait interjeté contre ce jugement.

Les quatre premiers moyens du pourvoi critiquent les motifs de l'annulation de la délibération approuvant l'attribution du contrat de partenariat. Ces motifs sont tirés de ce que les conditions du recours à la procédure du dialogue compétitif n'étaient pas remplies.

La procédure de dialogue compétitif, qui a succédé à la procédure dite d'appel d'offres sur performances, était, en vertu de l'article L. 1414-5 du code général des collectivités territoriales, l'une des trois modalités de sélection des candidats à l'attribution d'un contrat de partenariat, à côté de l'appel d'offres et de la procédure négociée. La particularité de cette procédure est qu'elle conduit les candidats sélectionnés à participer à l'élaboration des solutions de nature à répondre aux besoins de l'acheteur et sur la base desquelles ils seront invités à remettre une offre. Elle apparaît ainsi doublement dérogatoire aux procédures de droit commun puisque non seulement elle introduit une part de dialogue entre l'acheteur et les candidats, mais aussi et surtout elle fait participer les candidats à la définition des besoins de l'acheteur auxquels ils devront répondre, alors que l'une des règles fondamentales de la mise en concurrence est que les offres doivent répondre aux besoins précisément définis à l'avance par le pouvoir adjudicateur. C'est pourquoi le recours à cette procédure est soumis à une condition de complexité du projet que l'article L. 1414-15 décrit en ces termes : « *Si, compte tenu de la complexité du projet et quel que soit le critère d'éligibilité retenu en application de l'article L. 1414-2 pour fonder le recours au contrat de partenariat, la personne publique 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, elle peut recourir au dialogue compétitif dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7.* »

Les possibilités de recours à cette procédure ont été élargies par la directive 2014/24. Si le II de l'article 25 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics vise plusieurs cas permettant d'en faire usage, la complexité en fait toujours partie, de sorte que ce que vous jugerez dans la présente affaire fournira une illustration utile pour l'application de ces nouvelles dispositions, qui ne lui sont cependant pas applicables.

Cette condition de complexité pour recourir à la procédure du dialogue compétitif est identique à l'une des conditions auxquelles était subordonné, à la date de la procédure litigieuse, le recours au contrat de partenariat. Ce n'était pas la seule, un tel contrat pouvant également être conclu en cas d'urgence ou s'il apparaissait comme un mode de réalisation du projet plus avantageux que les autres formules contractuelles. En l'espèce, le choix du contrat de partenariat, fondé à la fois sur la complexité et l'avantage qu'il représente, n'est pas contesté.

Vous n'aurez aucune difficulté à écarter les deux premiers moyens du pourvoi. Non seulement la cour a suffisamment exposé les raisons pour lesquelles elle a estimé que les conditions du recours à la procédure du dialogue compétitif n'étaient pas remplies, mais elle n'a pas commis d'erreur de droit dans leur maniement. Sur ce dernier point, il ressort de l'article L. 1414-15 que le recours à cette procédure n'est possible que si "*la personne publique 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 jugé pour l'application de cette même condition pour le recours au contrat de partenariat, si "pour apprécier la capacité objective de la personne publique à définir seule et à l'avance les moyens techniques permettant de répondre à ses besoins et, par suite, pour déterminer si la complexité technique du projet justifie légalement le recours au contrat de partenariat, il n'y a pas lieu de tenir compte des études postérieures au lancement de la procédure de passation du contrat que cette personne publique serait en mesure de confier à un tiers, soit dans le cadre du contrat de partenariat qu'elle envisage de conclure, soit au titre d'un contrat distinct (...) en revanche, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des études, même réalisées par des tiers, dont la personne publique dispose déjà à la date à laquelle elle décide de recourir au contrat de partenariat" (30 juillet 2014, *Cne de Biarritz*, n° 363007, aux T sur ce point). La cour, qui a cité ce considérant de principe, n'a donc commis aucune erreur de droit en relevant, pour apprécier la complexité du projet, que la commune avait, avant de passer le marché, précisément défini ses besoins et que leur réalisation ne présentait ni complexité technique particulière, ni caractère novateur rendant nécessaire le recours à la procédure de dialogue compétitif pour définir les solutions propres à répondre à ses besoins.

L'appréciation portée par la cour sur la complexité du projet est également contestée et cette qualification juridique, que vous contrôlez en cassation (11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des CCI*, n° 364551, 364603, aux tables ; 30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, précitée), n'est jamais évidente.

Comme nous l'avons dit, elle repose sur l'évaluation de la capacité de l'acheteur public à définir lui-même, comme il doit en principe le faire, ses besoins ou plus exactement les solutions pour les satisfaire, qu'elles soient techniques, juridiques ou financières. Le considérant n° 31 de la directive 2004/18/CE dont l'article 1^{er}, point 11 c) pose cette condition

de complexité 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.* » En l'occurrence, seules des difficultés techniques étaient invoquées. 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 ». Elle donne comme exemples de ces difficultés techniques la réalisation de grands réseaux informatiques ou encore le choix entre un pont ou un tunnel pour traverser un fleuve.

Votre jurisprudence, même si elle n'est pas encore très fournie sur ce sujet, comporte deux exemples de projets que vous avez jugés complexes et un pour lequel vous avez écarté cette qualification. Les deux projets complexes consistaient pour l'un à substituer aux marchés d'assurances santé et prévoyance passés par chaque chambre de commerce et d'industrie au profit de leurs personnels un régime unique pour l'ensemble des personnels de ces établissements consulaires, passage qui impliquait la mise au point de solutions techniques originales (11 mars 2013, *Assemblée des chambres françaises de commerce et d'industrie et mutuelle des CCI*, précitée), pour l'autre en la rénovation du réseau des kiosques à journaux parisiens, pour laquelle la commune entendait susciter des propositions de solutions innovantes, "aussi bien pour la conception des ouvrages que pour la gestion de l'activité des kiosquiers, qui tiennent compte à la fois des évolutions technologiques et d'objectifs d'usage multiple des kiosques, de respect des contraintes architecturales et de l'environnement, de gestion optimale d'un réseau de kiosquiers et d'optimisation des recettes domaniales" (CE, 26 juin 2015, *Ville de Paris*, n° 389682, aux T). En revanche, vous n'avez pas considéré que la réalisation conjointe de la construction d'une "Cité de l'océan et du surf" et de la rénovation et de l'extension du "Musée de la mer" à Biarritz présentait un caractère de complexité car la commune disposait avant de passer le marché des études qui détaillaient les solutions techniques à mettre en œuvre (30 juillet 2014, *Commune de Biarritz*, précitée). Cette dernière décision est particulièrement intéressante pour le cas d'espèce car il en ressort explicitement que la complexité qui justifie le recours au dialogue compétitif ne réside pas dans les difficultés techniques que peut présenter la réalisation d'une opération, comme de creuser un tunnel dans des conditions géologiques difficiles, mais dans l'impossibilité pour l'acheteur public de définir seul et à l'avance les moyens de les résoudre, comme il doit en principe le faire afin que ces moyens figurent au nombre des caractéristiques du marché auxquelles les offres devront répondre¹.

Cette incapacité de l'acheteur à définir les solutions techniques propres à satisfaire ses besoins s'apprécie concrètement, au vu des éléments dont il dispose, notamment des études

1« 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. »

qu'il a pu commander auparavant, comme dans le cas du projet de la commune de Biarritz, et de ses moyens. A cet égard, il convient naturellement de tenir compte des ressources, matérielles et humaines, de l'administration municipale.

En l'espèce, la commune de La Teste-de-Buch, commune de 26 000 habitants située dans le bassin d'Arcachon, qui n'est donc pas une petite commune dépourvue de tous moyens, fait valoir qu'elle avait des exigences particulières en termes de performances énergétiques et qu'elle entendait développer au sein de l'hôtel de ville de "nouvelles techniques interactives de communication". Mais, à supposer même que la réalisation de ces objectifs présentent des difficultés particulières, ce qui n'est pas établi, il apparaît que les objectifs de performance énergétiques étaient précisément définis dans les documents de la consultation et que la commune ne démontre pas qu'elle ne pouvait préciser les techniques interactives de communication qu'elle souhaitait voir développées. Contrairement aux précédents que nous avons cités où vous avez admis la complexité, le projet de la commune n'appelait pas de la part des candidats des propositions innovantes. Par ailleurs, la commune, qui avait fixé les orientations principales de l'aménagement du quartier, notamment en ce qui concerne la voirie, n'apporte aucun élément de nature à vous convaincre de ce qu'elle aurait été dans l'impossibilité de définir à l'avance ses besoins en ce qui concerne la réalisation du projet de construction de l'hôtel de ville conjointement à la revalorisation des îlots dans lequel il se trouve. Dans ces circonstances, et sans même faire preuve d'une rigueur que pourrait pourtant justifier le caractère dérogatoire de cette procédure dans l'économie des dispositions applicables à la date à laquelle le marché a été passé, nous n'avons guère d'hésitations à vous proposer de juger que la cour a fait une exacte qualification juridique des faits en considérant que la commune ne pouvait légalement recourir à la procédure du dialogue compétitif.

La cour aurait du s'en tenir à cette conclusion qui justifiait suffisamment l'annulation de la délibération contestée. Elle a cependant cru bon d'ajouter que, par ailleurs, il n'était pas établi "que les formules contractuelles plus classiques empêchaient la réalisation de cette opération d'aménagement et que cette dernière impliquait nécessairement le recours à la procédure du dialogue compétitif". Cette motivation est contestable, comme le fait observer à juste titre la commune requérante. Car le recours à la procédure du dialogue compétitif n'est pas subordonné à une comparaison avec les autres formules contractuelles et encore moins à la condition qu'elle soit la seule à même de réaliser l'opération. La comparaison avec les autres formules contractuelles relève de l'une des conditions du recours au contrat de partenariat, qui n'était pas contesté, et ne conduit pas à rechercher si le contrat de partenariat est la seule façon de réaliser l'opération mais seulement si elle est la plus avantageuse. Toutefois, ces motifs étant comme nous l'avons dit surabondants, vous écarterez comme inopérant le moyen du pourvoi qui les critique.

Le dernier moyen, qui porte sur les conséquences de l'illégalité de la délibération sur le contrat, est plus délicat.

Les principes directeurs de l'office du juge de l'acte détachable du contrat qui, après en avoir prononcé l'annulation, doit, pour statuer sur les conclusions aux fins d'injonction dont il est saisi, déterminer les mesures qu'implique l'exécution de sa décision, sont désormais bien établis. Ce sont aujourd'hui les mêmes qui gouvernent l'office du juge du contrat au moment de définir les conséquences d'une irrégularité qu'il a constaté. Ils reposent sur l'idée que « l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement

que le contrat en cause doive être annulé ». Il en résulte qu'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 février 2011, *Sté Ophrys et Cte d'agglomération Clermont Communauté et autres*, n° 337349, au recueil ; 29 décembre 2014, *Commune d'Uchaux*, n° 372477, au rec ; 11 mai 2016, *M. R...*, n° 383768, au rec sur un autre point).

La nature de l'illégalité affectant l'acte détachable du contrat n'ouvrirait en l'espèce au juge de l'exécution qu'une alternative entre imposer la résiliation du contrat, le cas échéant avec effet différé, ou rejeter les conclusions aux fins d'injonction, c'est-à-dire renoncer à faire produire à l'annulation de l'acte détachable un effet sur le contrat, en raison de l'atteinte excessive que la résiliation porterait à l'intérêt général.

En effet, d'une part, l'illégalité de la procédure suivie pour la passation du contrat n'est évidemment pas régularisable². Elle n'est d'autre part pas au nombre des irrégularités d'une particulière gravité entraînant la résolution du contrat (voyez sur ce point la nombreuse jurisprudence rendue à partir de vos décisions du 12 janvier 2011, *M...* (n° 338551, au rec) et *Sté des autoroutes du Nord et de l'est de la France* (n° 332136)).

La Cour a confirmé le choix du tribunal d'imposer la résiliation du contrat avec effet différé au motif que, « dans les circonstances de l'espèce, en faisant état du coût de la résiliation du contrat, qui a en partie pour objet le règlement des bâtiments construits, et au regard de l'état de réalisation de l'opération d'aménagement litigieuse, la commune ne justifie pas d'une atteinte excessive à l'intérêt général justifiant la réformation du jugement du tribunal administratif de Bordeaux ».

La commune requérante lui reproche d'avoir ce faisant commis une erreur de droit ou dénaturé les pièces du dossier dès lors qu'il en ressortait « que non seulement le coût induit par la résiliation était contraire à l'intérêt général mais que le degré d'exécution du contrat, de toutes façons, s'opposait à sa résiliation ».

L'appréciation des conséquences d'une résiliation du contrat sur l'intérêt général ne relève pas de l'erreur de droit mais de la qualification juridique des faits, que vous contrôlez en cassation (10 juillet 2013, *Commune de Vias et société d'économie mixte de la ville de*

² Cf. conclusions B. Dacosta s/ *Cne de Divonne les Bains*, 8 juin 2011, n° 327515, aux T; J-F. Lafaix, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'administration*, Dalloz 2009, § 282 : « Lorsqu'un contrat ne peut être conclu qu'avec un cocontractant sélectionné selon une procédure préalable, toute correction a posteriori est évidemment dépourvue de sens. ... Il est seulement possible de refaire le contrat en lançant préalablement une nouvelle procédure de sélection ». C. Bréchon-Moulènes : « Le vice tiré de l'absence ou de l'irrégularité de la mise en concurrence ... est irrémédiable » (*Droit des marchés publics*, Le Moniteur, 2004, p. 14).

Béziers et du littoral, n° 362304, 362318, aux tables, s'agissant de la prise en compte de l'objectif de stabilité des relations juridiques dans le choix entre résiliation et résolution).

L'intérêt de la présente affaire - et sa difficulté - est qu'elle conduit à s'interroger sur le poids des conséquences financières de la résiliation du contrat dans l'appréciation de l'intérêt général susceptible de conduire le juge à renoncer à la prononcer. Le champ de cette question délicate dépasse le cadre de l'exécution de l'annulation de l'acte détachable du contrat. Elle se pose aussi au juge du contrat chargé de déterminer les conséquences d'une irrégularité qu'il a constatée, dont l'office est, nous l'avons dit, identique sur ce point.

La question de savoir si un intérêt financier peut être un intérêt général est très vaste et nous n'avons pas l'ambition de la traiter ici. Nous ne l'aborderons que dans la perspective de la fonction de l'intérêt général, notion plastique s'il en est, dans l'exercice particulier de l'office du juge à qui il incombe de déterminer les conséquences de l'irrégularité d'un contrat sur ce dernier. Sa fonction est ici de justifier de ne pas imposer la résiliation du contrat lorsque cette résiliation apparaît comme la sanction normale de l'irrégularité constatée. Deux conséquences s'infèrent de cette fonction. La première concerne son champ d'application : toute irrégularité n'implique pas nécessairement la cessation, pour l'avenir ou rétroactive, du contrat, y compris lorsqu'aucune mesure de régularisation n'est possible. Les motifs de principe que nous avons cités ne nous paraissent pas exclure que le juge décide, « au regard de la nature de l'illégalité commise », que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, même si elle ne peut être régularisée. Dans ce cas, le juge de l'exécution ne se pose même pas la question de l'intérêt général car il n'envisage pas d'imposer la résiliation du contrat. L'irrégularité est, par elle-même, jugée sans incidence sur le contrat car elle n'a eu d'effet ni sur le contenu du contrat, ni sur le choix du cocontractant (voyez par ex votre décision 19 décembre 2007, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable du Confolentais*, n° 291487)³. Ce n'est donc qu'en présence d'une irrégularité qui a eu une incidence sur le contrat que le juge se posera la question de savoir si un motif d'intérêt général est susceptible de faire obstacle à ce qu'elle ait pour effet d'entraîner sa résiliation.

La seconde, qui rejoint en partie la première, concerne la place de ce motif dans l'office du juge. Contrairement à d'autres champs d'application de l'intérêt général où il justifie une dérogation à un droit ou principe fondamental, il participe ici de l'exercice normal de l'office du juge, qui est de déterminer les conséquences des irrégularités qu'il constate⁴. L'intérêt général ne conduit pas à porter atteinte à l'autorité de la chose jugée puisque c'est le même juge, par une même décision, qui constate l'irrégularité et en tire les conséquences en fonction, notamment, de l'intérêt général⁵. Certes, la sanction normale d'une illégalité est

³ Voir sur ce point les analyses de J-F. Lafaix, « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », RFDA 2010, p. 1089, notamment § 48 et s.

⁴ Voir les conclusions du président Stahl sur la décision Section du 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ M. B...* (n° 240267) « L'office du juge administratif de la légalité est de mesurer la valeur des critiques de légalité qui sont susceptibles d'être adressées aux actes administratifs déférés devant lui et d'apprécier si ces critiques sont de nature à justifier la censure de ces actes ». Cette remarque vaut aussi bien pour le juge du plein contentieux (cf. ccl I de Silva sur Sect, 6 février 2004, Mme H..., n° 240560).

⁵ Il en va différemment lorsque les juges sont différents : le juge du contrat est ainsi tenu par l'autorité de la chose jugée par le juge de l'exécution de l'acte détachable (9 avril 2010, *cne de Levallois-Perret*, n° 309480, au rec).

l'anéantissement de l'acte qui en procède et la mission d'un juge est d'abord de sanctionner les illégalités. Mais la suppression de tout effet automatique de l'annulation de l'acte détachable ou de la constatation d'une illégalité sur le contrat ouvre au juge un champ de décisions possibles, allant de la poursuite de l'exécution du contrat à la résiliation, parmi lesquelles il doit choisir en mettant en balance les intérêts respectifs du respect de la légalité, qui tend à la suppression de toutes les conséquences d'une irrégularité, et de l'intérêt général qui s'attache éventuellement à leur maintien⁶. Pour le dire autrement, nous pensons que l'office du juge qui, après avoir constaté une irrégularité affectant un contrat, doit en déterminer les effets, notamment au regard de l'intérêt général, ne consiste pas à faire jouer une exception à un droit ou à un principe, mais à mettre en balance l'ensemble des intérêts en présence. L'office du juge du contrat saisi d'une demande de reprise des relations contractuelles est de même nature lorsqu'il doit décider si un intérêt général, entre autres considérations, fait obstacle à cette reprise alors même qu'il a relevé que la décision de résiliation était entachée d'une illégalité (Sect, 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, p. 117 et, pour une application de la réserve d'intérêt général : 16 novembre 2016, *cne d'Erstein*, n° 401321, aux T sur ce point).

Dans ce cadre, nous ne pensons pas que tout intérêt financier doive par principe être exclu de l'intérêt général et cela pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, s'il ne fait aucun doute que l'intérêt qui s'attache à la poursuite de l'exécution du contrat est principalement celui que tend à réaliser l'objet du contrat, c'est-à-dire l'accomplissement des missions de service public auxquelles concourt le contrat, cet intérêt n'est pas le seul qui peut être pris en compte. Il est certainement prééminent, comme en témoignent les conclusions de vos commissaires du gouvernement sur les décisions qui ont posé les principes directeurs de l'office du juge qui évoquent toujours la continuité du service public⁷, notamment s'agissant de contrats dont l'objet est l'exécution même d'un service public. Mais il n'est pas exclusif. Si tel était le cas, vous ne feriez pas avec constance référence à l'intérêt général mais plutôt à la continuité du service public. Les rares occasions où vous avez précisé le contenu de l'intérêt général montrent d'ailleurs qu'il englobe des intérêts plus variés que la seule continuité du service public : la réponse donnée le 25 janvier 1989 par la Section du rapport et des études à une demande d'éclaircissements sur les conséquences à tirer de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat, qui est en quelque sorte la matrice de la définition de l'office du juge de l'exécution que nous avons citée, affirme ainsi la possibilité de décider de la poursuite de l'exécution du contrat « compte tenu notamment de l'intérêt que cette exécution présente pour le service public, du degré d'exécution des prestations prévues au contrat, de l'urgence ou des conséquences financières d'une éventuelle interruption de ce contrat » et tient compte, au cas d'espèce, de ces différentes considérations, notamment « les conséquences financières respectives de la poursuite ou de l'interruption » du contrat (EDCE 1990, n° 41, p. 127).

⁶ Cela se traduit dans l'évolution du vocabulaire de vos décisions : en désignant les recours tendant à la remise en cause d'un contrat comme visant à en contester la validité, et non plus à en déclarer la nullité, vous indiquez que le juge constate l'existence d'un vice et qu'il lui appartient ensuite d'en déterminer les conséquences, qui ne sont plus qu'exceptionnellement la nullité du contrat (J-F. Lafaix, « Le juge du contrat face à la diversité des contentieux contractuels », RFDA 2010, p. 1089, notamment § 14).

⁷ Ccl. D. Piveteau s/ Institut de recherche et de développement, n° 248950 ; ccl E. Glaser sur Ass, cne de Béziers, n°304806. Voir également les développements de J-F. Lafaix, Op. cit. § 681 ; 706 et s.

Ensuite, même lorsque l'intérêt général justifie une atteinte exceptionnelle à des principes fondamentaux, il n'exclut pas toute considération financière. Nous pensons notamment aux validations législatives, qui portent atteinte tant au droit à un recours effectif qu'à l'indépendance de l'autorité juridictionnelle : bien que de manière très restreinte, la CEDH a admis qu'un coût financier peut être d'une importance telle qu'il affecte l'intérêt général (23 juillet 2009, *Joubert c/France*, n° 30345/05 § 63 ; CE, 23 juin 2004, *Laboratoire Genevrier* ; 27 février 2006, *K...*, n° 257964). La décision de poursuivre l'exécution du contrat malgré l'irrégularité qui l'entache ne porte pas une atteinte à des droits ou principes fondamentaux de même ampleur qu'une validation législative, puisque, comme nous l'avons dit, il ne s'agit que de l'exercice normal par le juge de son office.

Dans un autre domaine où l'office du juge consiste également à mettre en balance différents intérêts en présence pour déterminer les conséquences à tirer d'une irrégularité qu'il a relevée, l'intérêt financier participe de manière beaucoup plus assumée de l'intérêt général : il peut ainsi justifier le maintien d'un ouvrage public mal planté, alors même que l'illégalité de son implantation a été constatée et qu'elle porte atteinte au droit de propriété (20 mai 2011, *cté d'agglomération du Lac du Bourget*, n° 325552, au rec ; 14 oct 2011, *Cne de Valmeinier, syndicat mixte des Islettes*, n° 320371, au rec).

Enfin, il nous semble difficile, dans la situation actuelle des finances publiques, notamment locales, de faire totalement abstraction du coût financier d'une résiliation dans l'appréciation de ses effets sur l'intérêt général.

Si le juge de l'exécution peut tenir compte du coût de la résiliation dans l'appréciation de l'intérêt général qui justifierait de ne pas l'imposer, il ne peut cependant le faire qu'en ayant bien conscience de son poids relatif. Car toute résiliation a un coût pour la collectivité et il est légitime qu'elle le supporte dans la mesure où elle est, au moins en partie, responsable de l'illégalité qui en est la cause. L'intérêt général qui s'attache à ce que les illégalités soient sanctionnées par la disparition de leurs effets serait à son tour profondément atteint si les illégalités étaient d'autant moins sanctionnées que leurs effets sont importants, ce qui aboutirait paradoxalement à conférer une forme d'impunité aux plus contrats les plus coûteux, qui sont en général les plus importants, alors que ce sont ceux dont l'illégalité affecte le plus d'intérêts et à permettre à la personne publique, en partie responsable de l'illégalité, de se prévaloir des conséquences négatives de ses effets sur son budget pour demander au juge de l'en exonérer. Enfin, il y aurait quelque paradoxe à rendre, au nom de l'intérêt général, à la constatation contentieuse d'une irrégularité un effet platonique que votre jurisprudence a toujours essayé de réduire.

Le coût financier de la résiliation peut donc être pris en considération dans l'appréciation de l'intérêt général, mais son poids sera toujours moindre que celui de la continuité du service public et dépendra toujours de la nature de l'illégalité commise, des circonstances dans lesquelles elle a été commise et de ses effets.

L'application de ces principes au cas d'espèce en fournit une bonne illustration.

Il nous paraît difficile de neutraliser complètement l'irrégularité tenant à la mise en œuvre d'une procédure telle que celle du dialogue compétitif dont l'issue peut avoir une incidence tant sur le choix de titulaire que sur le contenu du contrat.

Elle devrait donc en principe conduire à la résiliation du contrat, à moins qu'un intérêt général s'y oppose. Cet intérêt n'est pas uniquement financier. Il est vrai que la commune s'est surtout attachée à établir ce dernier, avec probablement quelque exagération. Tout d'abord, nous ne pensons pas, contrairement à ce qu'elle soutient, que le coût financier de la résiliation doive être calculé en application de l'article 35.2 du contrat qui fixe la détermination des indemnités en cas de « résiliation pour motif d'intérêt général et fait du prince », puisque la résiliation sera imposée par une décision de justice (et ce même si l'illicéité d'un contrat peut dans certains cas être un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation : 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, n° 365043, au rec). Ensuite, comme l'a relevé la cour, le coût de la construction de l'Hôtel de ville, qui est achevé, est dû au titulaire du contrat en tout état de cause. Le coût réel de la résiliation est l'indemnisation du préjudice qu'elle cause au titulaire, à savoir son manque à gagner et le coût de la conclusion d'un nouveau contrat pour les prestations d'entretien et de maintenance du bâtiment. S'agissant d'un contrat de partenariat, dont l'exécution devait se dérouler sur une période de 27 ans, dont 25 de gestion et d'entretien, le montant du manque à gagner est certainement important. Mais l'indemnité devra tenir compte de la part de responsabilité qui incombe également au titulaire du contrat, qui ne pouvait ignorer qu'il ne pouvait être sélectionné selon cette procédure et qui en a profité.

A ce coût financier qui, bien qu'élevé, ne ruinerait vraisemblablement pas la commune, contrairement à ce qu'elle prétend, il faut ajouter les inconvénients de la résiliation d'un contrat dont les prestations ont été conçues par le titulaire et qui présentent un certain nombre de spécificités techniques dont la commune affirme sans être contestée qu'elles ne pourront être aussi bien réalisées par un autre opérateur. L'état du dossier et des débats ne nous permettent pas d'être catégorique sur ce point. Mais il ne fait guère de doute que la remise en cause d'un contrat de partenariat dont le choix, encore une fois non contesté, était fondé sur la complexité de l'opération et le bilan avantageux de cette forme contractuelle, pour y substituer un marché de services, risque de présenter un certain nombre d'inconvénients pour la collectivité.

Il faut mettre en regard de ces inconvénients, qui n'excèdent pas ceux qu'entraînent la résiliation de tout contrat de partenariat, le poids de l'irrégularité dont il est affecté, dont les conséquences n'apparaissent pas considérables. Certes, le recours à une procédure d'attribution dérogatoire sans que les conditions en soient remplies est une illégalité importante. Toutefois, nous observons que l'auteur du recours n'allègue aucunement que le choix de cette procédure au lieu de l'appel d'offres aurait eu pour effet de faire perdre à la commune une chance d'obtenir une meilleure réponse à ses besoins ou une offre économiquement plus avantageuse. Par ailleurs, le choix du recours au contrat de partenariat n'a jamais été contesté.

Dans ces circonstances particulières où il n'est pas allégué que la résiliation du contrat présenterait le moindre intérêt pour la collectivité ou pour la concurrence, où elle ne servirait donc qu'à ne pas laisser sans effet une illégalité, il nous semble, non sans hésitations, que les inconvénients qu'entraînerait la résiliation, matériels, juridiques et financiers, justifient la poursuite de l'exécution du contrat.

Nous vous proposons par conséquent d'annuler l'arrêt en tant qu'il a statué sur les conclusions aux fins d'injonction de M. P... et, réglant l'affaire au fond, d'annuler le jugement sur ce point et de les rejeter.

Vous pourrez également rejeter l'ensemble des conclusions des parties au titre des frais exposés dans cette instance.

Tel est le sens de nos conclusions.