

PPP : Biarritz surfe sur la complexité et se prend la vague !

A propos de l'auteur

M. Xavier Bigas  
avocat

[Voir les articles de cet auteur](#)

**Xavier Bigas, avocat au cabinet Lyon-Caen & Thiriez, analyse l'arrêt récent du CE, commune de Biarritz, au sujet du critère de la complexité du projet en matière de contrat de partenariat.**

La commune de Biarritz, dans un souci bien compréhensible d'amélioration de ses outils touristiques, a souhaité rénover son Musée de la mer et édifier une Cité de l'océan et du surf. Le projet connaît ses balbutiements au début des années 2000 puis s'accélère en 2004 : une procédure de concours en vue de la conclusion d'un marché de maîtrise d'œuvre est lancée. Ce dernier est passé en 2005. Un avant-projet-détaillé ainsi que des études de projet sont réalisés, en exécution de ce marché. Le conseil municipal, par délibération du 26 janvier 2007, décide ensuite de recourir au contrat de partenariat suivant une procédure commune aux deux ouvrages. Après l'organisation d'un dialogue compétitif, le conseil municipal autorise notamment le maire à conclure le contrat avec la société Biarritz Océan, par délibération du 23 juillet 2008. Plusieurs conseillers municipaux demandent alors l'annulation de cette délibération au TA de Pau qui rejette leur requête par un jugement du 30 juin 2010. L'un d'entre eux interjette appel. Bien lui en a pris : la CAA de Bordeaux, par un arrêt remarqué du 26 juillet 2012 (\*), annule le jugement et la délibération autorisant le maire à conclure le contrat. Par cet arrêt, la Cour fait une application stricte, jugée sévère par certains, de la condition tenant à la complexité du projet. Saisi d'un pourvoi introduit par la commune de Biarritz, le CE, après avoir cassé l'arrêt d'appel pour un motif de forme sur lequel il est inutile d'insister, va confirmer la solution retenue en appel. L'arrêt apporte une précision contentieuse importante en ouvrant la possibilité aux requérants d'exciper, à l'encontre de la délibération d'autorisation de conclusion du contrat, du non-respect des conditions permettant le recours au contrat de partenariat. Il revient également, et c'est là son apport majeur, sur l'appréciation de la complexité du projet et la charge de la preuve en la matière.



### Une précision contentieuse importante

La délibération autorisant le maire à signer le contrat avait été annulée en appel, motif pris de ce que la condition relative à la complexité du projet n'était pas remplie. La commune de Biarritz objectait, en cassation, que l'arrêt était entaché sur ce point d'une erreur de droit, en ce qu'un moyen tiré du non-respect des conditions du recours au contrat de partenariat ne pouvait être invoqué contre la délibération autorisant la conclusion du contrat. Le CE a écarté le moyen. Une telle solution est heureuse car le moyen témoignait sans doute d'une appréciation trop distendue des liens entre le contrat de partenariat et la délibération autorisant sa conclusion. A l'audience, Gilles Pellissier, rapporteur public, était longuement revenu sur les avantages à réserver, au contentieux de la délibération se prononçant sur le principe du recours au contrat de partenariat, l'examen du respect des conditions prescrites à peine de nullité pour son recours. La sécurité juridique des projets en est une, et non des moindres, dans un processus contractuel régulièrement critiqué par les prêteurs qui jugent le risque contentieux trop important. Mais le rapporteur public avait également souligné les nombreux inconvénients d'une telle solution, en particulier la séparation artificielle qui en découlerait entre l'examen de la légalité de la décision de conclure le contrat et celui du respect des conditions prescrites par le législateur pour conclure un tel contrat.

La situation particulière des candidats évincés, au regard de leur droit au recours garanti par le droit communautaire, ne manquait pas d'interpeller : comment leur interdire de discuter de la régularité du recours au contrat de partenariat dès lors qu'ils seraient amenés à ne critiquer le processus contractuel qu'à son issue et non lors de son lancement ? Gilles Pellissier avait également souligné qu'une telle solution empêcherait le juge amené à contrôler la régularité de la décision autorisant la conclusion des évolutions du projet, qui ont pu avoir une influence sur le respect des conditions légales. Enfin, on pouvait s'interroger sur les différences de traitement contentieux entre les collectivités territoriales (obligées de se prononcer sur le principe même du choix du contrat), l'Etat (qui n'y est pas tenu) et leurs établissements publics respectifs. Devaient également être pris en compte les risques de dissymétrie entre les différentes procédures contentieuses, également invoqués par le rapporteur public à l'audience. Le CE, après avoir écarté ce moyen qui aurait mis un terme au litige, a ensuite examiné si la condition tenant à la complexité du projet était bien remplie en l'espèce.

**comment interdire aux candidats évincés de discuter de la régularité du recours au contrat de partenariat dès lors qu'ils seraient amenés à ne critiquer le processus contractuel qu'à son issue et non lors de son lancement ?**

## La complexité du projet

Le contrat de partenariat étant dérogoire au droit commun de la commande publique <sup>(2)</sup>, son utilisation doit être justifiée. L'article L.1414-2 du code général des collectivités territoriales autorise ainsi le recours au contrat de partenariat dans plusieurs hypothèses, notamment lorsque « *compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier et juridique du projet* ». Les juges de Bordeaux avaient estimé que les caractéristiques des deux ouvrages correspondant aux exigences de la commune dans le programme fonctionnel détaillé ne présentaient pas un niveau de complexité suffisant. La CAA, tout en soulignant que la charge de la preuve de la complexité du projet reposait sur la collectivité locale, n'avait pas manqué de relever « *le stade d'avancement du projet* » dès lors que la commune avait conclu un marché public de maîtrise d'œuvre et obtenu ainsi plusieurs études de conception, et ce avant de lancer la procédure de dialogue compétitif. Demanderesse au pourvoi, la commune contestait une telle approche. Mais la haute juridiction administrative n'a pas suivi son raisonnement et confirmé la solution retenue en appel, tant en ce qui concerne la charge de la preuve que l'appréciation de la condition relative à la complexité du projet. La charge de la preuve était, tant en appel que devant le CE, au centre du litige : qui doit la supporter ? Sans surprise, les juges du Palais royal, à l'instar de ceux de Bordeaux, répondent que c'est à la collectivité territoriale de démontrer le respect de la condition relative à la complexité du projet. La commune de Biarritz ne pouvait donc, par exemple, invoquer que le même opérateur serait chargé de l'exploitation et de la maintenance des deux édifices sans expliquer en quoi le regroupement l'empêchait de définir les moyens susceptibles de lui permettre de remplir ses objectifs.

Les justifications à apporter ont fait l'objet des débats les plus importants. Pour le Musée de la mer, la commune soutenait que le projet d'extension et de rénovation allait impliquer la réalisation d'un aquarium souterrain de grande dimension, mitoyen d'un tunnel routier et d'un ancien bunker, ce qui nécessitait des équipements de haute technologie, la difficulté étant aggravée par le nécessaire maintien de l'ouverture au public des installations existantes pendant les travaux. Mais le Conseil d'Etat répond « *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* ». La commune n'avait en effet pas démontré qu'elle n'était pas en mesure de définir à l'avance les moyens susceptibles de lever les difficultés. Or, comme l'avait relevé Gilles Pellissier, ce n'est pas la seule difficulté technique qui doit être démontrée, mais bien l'impossibilité pour la collectivité de définir, en amont, les moyens de lever ces difficultés dans les conditions d'exécution du contrat, au regard de son objet. A défaut, le champ d'application du contrat de partenariat, grâce à cet assouplissement de la condition relative à la complexité, serait trop large.

Le moment de l'appréciation de la complexité du projet, ainsi que les éléments à prendre en compte, étaient également au centre des débats.

La question n'était pas aisée, dès lors que le litige portait sur une délibération prise à l'issue de la procédure et que le projet avait pu évoluer au cours du dialogue compétitif. Elle présentait un intérêt tout particulier pour la Cité du surf, dont la scénographie, initialement invoquée pour démontrer que la condition relative à la complexité était bien remplie en l'espèce, avait été retirée du projet. Comme l'a rappelé le rapporteur public, à ce stade, la condition relative à la complexité doit s'apprécier au regard des éléments dont la collectivité locale disposait (y compris ceux provenant de tiers) lorsqu'elle a décidé de lancer la procédure. En l'espèce, les études d'avant-projet et autres documents établis au bénéfice de la commune à l'issue du marché de maîtrise d'œuvre constituaient autant d'éléments d'informations de nature à réduire la complexité du projet.

**la condition relative à la complexité doit s'apprécier au regard des éléments dont la collectivité locale disposait lorsqu'elle a décidé de lancer la procédure**

## Une solution sévère

En revanche, les éléments fournis par les candidats lors de la procédure de dialogue compétitif ne sauraient être pris en compte. Cette appréciation pragmatique de la notion d'impossibilité objective est justifiée : pour déterminer si la condition relative à la complexité est remplie, il ne faut pas s'arrêter à la collectivité territoriale mais aux moyens, y compris extérieurs, dont elle dispose, lorsqu'elle est amenée à s'interroger sur le mode de dévolution contractuelle. Pour la Cité du surf, il devait donc être tenu compte des études réalisées par des tiers, à la disposition de la commune lors du lancement de la procédure et remis aux candidats (en particulier l'avant-projet détaillé ainsi que les études de projet dressés), qui réduisaient d'autant la difficulté à déterminer les moyens techniques permettant de réaliser l'édifice. En revanche, la scénographie particulière, invoquée en son temps par la commune, ne pouvait plus être invoquée, dès lors qu'elle avait été abandonnée.

La délibération du 23 juillet 2008 a donc été annulée, en raison de la méconnaissance de l'article L.1414-2 du CGCT. Pour sévère qu'elle puisse paraître, la solution retenue a le mérite de clarifier l'examen de la condition relative à la complexité du projet, toujours actuelle au vu de la rédaction en vigueur des textes. Les effets pratiques de l'annulation, en l'espèce, sont par ailleurs réduits : seule l'annulation de la délibération était demandée au juge administratif et aucun moyen spécifique n'était invoqué contre ses autres parties. Le CE a ainsi jugé que l'annulation de la délibération autorisant la conclusion de la convention ne s'étendait pas à la partie de la délibération autorisant, d'une part, à signer l'acte d'acceptation de la cession de créances consentie par la Société Biarritz Océan à la société Dexia et, d'autre part, à verser une somme de 150.000 euros à chacun des deux candidats non retenus. La sévérité de l'appréciation de la condition de la complexité est réelle, l'impact de l'annulation l'est moins.