

Le tribunal administratif d'Orléans, au secours des PME

Commentaire du jugement TA d'Orléans 29 avril 2008, M. Lenoir et SNSO

Note publiée aux *Petites affiches* (LPA n° 144 du 18 juillet 2008).

Summary: In a judgment dated April 29, 2008 (M. Lenoir and SNSO, req. n. 0604132 and 0604140), the administrative court of Orléans has for the first time cancelled a deliberation authorizing the signing of a public-private partnership contract. Referred to by Mr. Lenoir and the national trade union of second-level building enterprises (SNSO) of a deliberation of 14 April 2006 by which the General Council of the Loiret selected the company AUXIFIP as a partner for the construction of a college in Villmendeur, the administrative judge concludes that there is no urgency and, as a result, unlawful use of this type of administrative contract derogating from the common law of public procurement.

Résumé : Dans un jugement du 29 avril 2008 (M. Lenoir et SNSO, req. n° 0604132 et 0604140), le tribunal administratif d'Orléans vient pour la première fois d'annuler une délibération autorisant la signature d'un contrat de partenariat public-privé. Saisi par M. Lenoir et le syndicat national des entreprises de second œuvre du bâtiment (SNSO) d'une délibération du 14 avril 2006 par laquelle le conseil général du Loiret a retenu la société AUXIFIP comme partenaire pour la construction d'un collège à Villmendeur, le juge administratif conclut à l'absence d'urgence et, par suite, à l'illégalité du recours à ce type de contrat administratif dérogeant au droit commun de la commande publique.

Mots-clés : TA d'Orléans 29 avril 2008, M. Lenoir et SNSO ; contrat ; contrat administratif ; contrat de partenariat – urgence – intérêt général – appréciation de l'urgence.

Au moment où le gouvernement propose l'élargissement des conditions d'ouverture du contrat de partenariat public-privé¹, le Tribunal administratif d'Orléans vient, dans un jugement du 29 avril 2008, M. Lenoir et SNSO, au secours des petites et moyennes entreprises du bâtiment dont les intérêts sont défendus par le SNSO. Pour cela, tout en se conformant à la ligne jurisprudentielle du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat quant à l'objet et à la finalité du recours au contrat de partenariat², le Tribunal administratif d'Orléans lève le voile quant à son application par les collectivités territoriales et à ses conséquences pratiques sur les petites et moyennes entreprises.

Aux termes de l'article L1414-1 et 2 du code général des collectivités territoriales (ici CGCT), le contrat de partenariat constitue -par le fait qu'il confie à un tiers une mission globale comprenant des prestations de financement, de travaux et de services relatives à un ou plusieurs ouvrages publics- une dérogation au droit commun de la commande publique. Sa passation ne peut donc avoir lieu que dans des circonstances particulières objectivement vérifiables. Conscient du fait que la généralisation d'une telle « dérogation » serait susceptible de « priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique (...) et au bon usage des deniers publics », le Conseil constitutionnel a considéré que le recours au contrat de partenariat doit être réservé à des « situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien à la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé »³. Le Conseil d'Etat (jurisprudence OAP, déjà citée) réitère ces deux

¹ Projet de loi n° 211, déposé au Sénat le 13 février 2008 modifiant l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, ratifiée par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification administrative, codifiée aux articles L. 1414-1 et suivant du code général des collectivités territoriales.

² Décision n° 2003-473, DC du 26 juin 2003, décision n° 2004-506, DC du 2 décembre 2004 et CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats de Paris*, requête n° 275531, publié au Lebon.

³ Décision DC du 26 juin 2003, précitée.

hypothèses relatives à l'*urgence* et à la *complexité* du projet pour admettre le recours « exceptionnel » de la personne publique au contrat de partenariat qui, par nature -et non *de jure*- écarte les petites et moyennes entreprises. *A contrario*, l'absence de complexité et/ou d'urgence les réintègrent dans le marché.

Aussi, la légalité de la délibération autorisant le recours au contrat de partenariat était, dans le cas de l'espèce, liée à la réalisation de l'une au moins de ces deux conditions.

L'hypothèse relative à la complexité du projet est prévue à l'article L1414-2 du CGCT. Elle est également issue de l'article 29 de la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de service. Dans les deux textes, la notion de « complexité » est objectivement considérée. La circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales⁴ précise à cet égard que la personne publique « ne peut se borner à affirmer qu'elle n'est pas capable de définir les moyens susceptibles de répondre à ses besoins ». La personne publique « doit démontrer que cela lui est objectivement impossible, au regard de la nature du contrat et de ses capacités internes ».

Serait ainsi considéré comme *complexe* la réalisation d'importantes structures de transport intégrées, la réalisation de grands réseaux informatiques ou encore des équipements sportifs. Au-delà de l'envergure des projets -qui doit d'ailleurs être transposée à l'échelle des collectivités territoriales-, la circulaire du 29 novembre 2005 considère comme complexes « les projets dont le montage financier et juridique ne peut pas être prescrit à l'avance, domaine dans lequel les collectivités publiques disposent en règle générale d'une expérience et d'une compétence réduite ». Dans sa décision d'Assemblée du 31 mai 2006, le Conseil d'Etat reprend les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 (« la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir *seule et à l'avance* les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ») pour justifier la légalité -qui ne signifie pas obligation- du recours à ce type de contrat. Or, le silence du Tribunal administratif sur ce point ne laisse pas présumer une quelconque complexité dans la réalisation de l'équipement collectif « nécessaire au service public de l'enseignement dans le secteur de Villemandeur ». Par suite, sous réserve de l'hypothèse de l'urgence, le département du Loiret ne pouvait recourir à ce type de contrat administratif sans méconnaître le principe d'égal accès des entrepreneurs privés à la commande publique.

En l'espèce, l'urgence était invoquée. Le Tribunal administratif d'Orléans s'y intéressera donc plus particulièrement. Celle-ci fut établie par le Conseil constitutionnel dans ses réserves d'interprétation de l'ordonnance du 17 juin 2004⁵ et clairement définie dans sa décision du 2 décembre 2004 (déjà citée) relative à la loi de ratification de l'ordonnance précitée. En effet, dans sa décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel précise que le recours au contrat de partenariat doit être réservé à des « *situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable* ». Dans sa décision du 2 décembre 2004, il complète le concept considérant que « *l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs (...)* ».

⁴ NOR ECOZ0500081C.

⁵ Décision n° 2003-473, DC du 26 juin 2003.

Dans le cas de l'espèce, le département du Loiret se fonde sur sa volonté de rattraper « un retard important affectant la réalisation d'un équipement collectif nécessaire au service public de l'enseignement dans le secteur de Villemandeur » et provoqué par des difficultés d'acquisition des terrains nécessaires ainsi qu'à l'échec de deux appels d'offres successifs, déclarés infructueux, ce qui a conduit à la résiliation du marché avec le maître d'œuvre.

Le Tribunal administratif d'Orléans procède à un examen minutieux des faits pour conclure -non à l'absence de retard, celui-ci n'étant pas contesté- mais, eu égard aux circonstances locales, à l'absence de retard préjudiciable, voire particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs. En effet, il ressort des pièces du dossier d'une part, que le gain de temps escompté par le département du Loiret du fait du recours au contrat de partenariat était d'une à deux années. Or, d'autre part, « *les conditions matérielles de transport* [des élèves du secteur de Villemandeur vers le collège d'Amilly situé à quelques kilomètres], *d'accueil* [par l'ajout de cinq salles banalisées et d'une nouvelle salle de sciences et l'extension du réfectoire permettant d'accueillir le surplus de collégiens en provenance du secteur de Villemandeur], *d'enseignement et de restauration mises en place à titre provisoire* » par le collège d'Amilly, permettait « *de faire face à la situation* » pendant le temps nécessaire à la réalisation du collège de Villemandeur. Dans ces conditions, le juge du premier ressort considère qu'à supposer même que le département ait accompli toutes diligences pour remédier au retard affectant la réalisation du collège de Villemandeur, « *l'atteinte portée au fonctionnement du service public par [ce] retard [...] ne présentait pas [...] un caractère de gravité suffisant pour justifier légalement qu'il soit dérogé au droit commun de la commande publique par le recours au contrat de partenariat* ». Aussi, le département du Loiret est dans la possibilité de faire face à la situation pendant la durée nécessaire à la mise en œuvre de procédures de commande publique de droit commun ».

Chassées par la porte d'une lecture opportuniste de l'ordonnance du 17 juin 2004 au profit des grands groupes financiers, les PME rentrent par la fenêtre du Tribunal administratif d'Orléans -sous réserve d'une appréciation similaire des faits par le juge administratif d'appel, voire par le Conseil d'Etat.