

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MONTPELLIER**

N°0803471

Mme Nicole DILLENSCHNEIDER

M. Mauny
Rapporteur

Mme Hardy
Rapporteur public

Audience du 5 février 2010

Lecture du 26 février 2010

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Montpellier

(4ème chambre)

Vu la requête, enregistrée le 7 août 2008, présentée pour Mme Nicole DILLENSCHNEIDER, demeurant 3 rue des Gardioles, St Feliu D'Avall (66170), par la SCP Marijon-Dillenschneider ; Mme DILLENSCHNEIDER demande au Tribunal :

1°) d'annuler la délibération du conseil municipal de Perpignan du 10 juillet 2008 autorisant :

-le maire de la commune à signer le contrat de partenariat pour la réalisation du théâtre de l'archipel avec le groupement conjoint François Fondeville/AGIR/Alyo Suez énergie services/AUXIFIP ;

-la cession du contrat de partenariat par le groupement conjoint François Fondeville/AGIR/Alyo Suez énergie services/AUXIFIP, à la société AUXIFIP ;

-le maire de la commune à signer l'avenant au contrat de partenariat relatif à la cession du contrat de partenariat par le groupement conjoint François Fondeville/AGIR/Alyo Suez énergie services/AUXIFIP à la société AUXIFIP ;

-le maire de la commune à prendre toutes les décisions d'exécution nécessaires à l'exécution de la délibération et à la bonne exécution du contrat de partenariat ;

2°) d'enjoindre à la commune de Perpignan de résilier le contrat la liant au groupement conjoint François Fondeville/AGIR/Alyo Suez énergie services/AUXIFIP, ou de saisir le juge du contrat pour qu'il statue sur ce contrat de partenariat ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Perpignan une somme de 500 euros au titre de l'article L. 761- 1 du code de justice administrative ;

.....
Vu l'ordonnance en date du 7 avril 2009 fixant la clôture d'instruction au 18 mai 2009, en application des articles R. 613-1 et R. 613-3 du code de justice administrative ;
.....

Vu la délibération attaquée ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la directive 2004/18 CE du parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 ;

Vu les décisions 2003-473 DC du 26 juin 2003 et la décision 2004-506 DC du 2 décembre 2004 du conseil constitutionnel ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 5 février 2010 ;

- le rapport de M. Mauny ;
- les conclusions de Mme Hardy, rapporteur public ;
- les observations de Me Lucas, substitué à la SCP Marion Dillenschneider, représentant Mme Nicole DILLENSCHNEIDER ;
- les observations de Mme Albarracin, représentant la commune de Perpignan ;
- les observations de Me Rambaldelli, représentant le groupement Elyo-Auxifip ;
- et les observations de Me Vinsonneau, représentant le groupement Fondeville-Agir-Elyo-Auxifip ;

Considérant que la commune de Perpignan a engagé en 2005 un projet de création d'une salle de spectacle dénommée « théâtre de l'archipel », et signé à cette fin un contrat de maîtrise d'œuvre avec le cabinet d'architectes Ateliers Jean Nouvel le 7 décembre 2005 ; qu'après réalisation des études préliminaires, évaluation des options s'offrant à la commune et avis favorable de la mission d'appui aux partenariats publics privés du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, rendu le 21 novembre 2006, le conseil municipal a autorisé le maire, par une délibération du 27 novembre 2006, à recourir à un contrat de partenariat public-privé

pour la réalisation du projet retenu, après application de la procédure du dialogue compétitif ; qu'après l'envoi d'un avis d'appel public à la concurrence, publié au JOUE et au BOAMP le 29 décembre 2006, et au Moniteur des travaux publics le 30 décembre 2006, la liste des candidats admis à concourir a été arrêtée le 7 mars 2007 ; que le dossier de dialogue compétitif a été envoyé aux deux candidats admis, le groupement conjoint François Fondeville/AGIR/Alyo Suez énergie services/AUXIFIP et le groupement conjoint Babcock et Brown limited /Dalkia France, le 2 avril 2007 ; qu'au terme du délai de dépôt de remise des propositions, le 11 juin 2007, la commune a engagé le dialogue compétitif avec les deux groupements, du 10 juillet 2007 au 3 janvier 2008 ; qu'après analyse des offres finales le 22 mai 2008, la commission constituée par la commune a classé en première position l'offre du groupement conjoint François Fondeville/AGIR/Alyo Suez énergie services/AUXIFIP ; que par une délibération du 10 juillet 2008, le conseil municipal a autorisé d'une part le maire à signer le contrat de partenariat pour la réalisation du théâtre de l'archipel avec le groupement conjoint François Fondeville/AGIR/Alyo Suez énergie services/AUXIFIP, d'autre part la cession du contrat de partenariat par le groupement conjoint François Fondeville/AGIR/Alyo Suez énergie services/AUXIFIP, à la société AUXIFIP, et enfin le maire à signer l'avenant au contrat de partenariat relatif à la cession du contrat de partenariat par le groupement précité à la société AUXIFIP et à prendre toutes les décisions nécessaires à l'exécution de la délibération et du contrat de partenariat ; que Mme DILLENSCHNEIDER, agissant en sa qualité de contribuable local, demande au tribunal d'annuler cette délibération ;

Sur les conclusions à fin d'annulation de la délibération du 10 juillet 2008:

En ce qui concerne la légalité externe :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales, en sa rédaction alors en vigueur : « Dans les communes de 3 500 habitants et plus, une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération doit être adressée avec la convocation aux membres du conseil municipal. Si la délibération concerne un contrat de service public, le projet de contrat ou de marché accompagné de l'ensemble des pièces peut, à sa demande, être consulté à la mairie par tout conseiller municipal dans les conditions fixées par le règlement intérieur. Le délai de convocation est fixé à cinq jours francs. En cas d'urgence, le délai peut être abrégé par le maire sans pouvoir être toutefois inférieur à un jour franc. » ; qu'aux termes de l'article L. 2121-13 du code général des collectivités territoriales, en sa rédaction alors en vigueur : « Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération. » ;

Considérant, d'une part, qu'il ressort des pièces du dossier que les convocations des membres du conseil municipal pour la séance du 10 juillet 2008 ont été adressés le 4 juillet, et que le délai de 5 jours francs prévu par l'article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales pour les communes de plus de 3500 habitants a été respecté ; qu'il suit de là que le moyen tiré de la méconnaissance de cet article manque en fait et doit être écarté ;

Considérant, d'autre part, qu'il ressort des pièces du dossier que les conseillers municipaux ont été destinataires, avant la séance du 10 juillet 2010, d'une note explicative de synthèse détaillée relative au contrat litigieux ; que si Mme DILLENSCHNEIDER soutient par ailleurs que les conseillers municipaux disposaient d'informations erronées sur le financement du projet, dès lors que la perte de 6,5 millions d'euros de subventions régionale et communautaire, qui leur ont été présentées comme acquises, était connue à la date de la délibération, il ressort des

pièces des pièces du dossier que la note de synthèse adressée aux membres du conseil contenait des éléments détaillés sur le financement du projet, envisageant différentes hypothèses selon le montant des subventions envisagées, mais également en l'absence de subvention; que la commune a bénéficié en outre de subventions communautaires, dans le cadre du FEDER, par l'intermédiaire de la communauté de travail des Pyrénées, autorité transfrontalière de gestion du programme; qu'enfin, la subvention régionale susmentionnée devait être versée à la commune dans le cadre d'un contrat de projet Etat-Région signé le 18 décembre 2006 pour la période 2007-2013, visant expressément le projet de théâtre, et dont il ne ressort pas des pièces du dossier qu'il aurait été remis en cause; qu'il suit de là que les moyens tirés de l'absence de note de synthèse et du caractère erroné des informations communiquées aux conseillers municipaux quant au financement du projet de théâtre de l'archipel doivent être écartés;

En ce qui concerne la légalité interne :

S'agissant du principe du recours au contrat de partenariat public privé :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction applicable en l'espèce : "Les contrats de partenariat sont des contrats administratifs par lesquels la personne publique confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée (...)" ; que l'article L. 1414-2 du même code dispose : "Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation : a) Montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ; - b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct. - L'évaluation mentionnée ci-dessus 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." ;

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de l'instruction qu'une étude d'évaluation préalable en date du 10 novembre 2006, comparant les avantages respectifs d'un contrat de partenariat public-privé et d'un marché public en matière de délais et de coûts, a été réalisée; que le moyen tiré de l'absence de réalisation de l'étude prévue à l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales doit donc être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que le contrat de maîtrise d'œuvre passé avec les Ateliers Jean Nouvel pour la réalisation d'un projet de théâtre à Perpignan a abouti à la présentation d'un projet architectural complexe, constitué d'un ensemble de bâtiments reliés entre eux par une pergola vitrée, suspendue et recouverte de végétaux, et

comprenant en particulier une salle de spectacles en forme de galet, de couleur grenat et d'aspect brillant ; que les études techniques pour la réalisation de cet ensemble, et en particulier de la salle de spectacles et de son revêtement, dont la forme et l'aspect extérieur étaient novateurs et au cœur du projet, restaient à réaliser à ce stade de son développement ; qu'eu égard à la complexité technique de sa réalisation et à l'importance de l'esthétique du projet, imposant des contraintes spécifiques de maintenance, la commune de Perpignan n'était pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ; que ce n'est d'ailleurs qu'au terme du dialogue compétitif que la commune a engagé avec les deux groupements, dans le cadre du contrat de partenariat, qu'elle a pu déterminer la technique lui permettant de réaliser la structure et le revêtement de la salle de spectacle concrétisant le projet architectural de la maîtrise d'œuvre ; que dès lors qu'elle se trouvait dans un des cas prévus à L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, la commune de Perpignan pouvait recourir à un contrat de partenariat public privé pour la réalisation du projet de théâtre de l'Archipel ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en se bornant à soutenir qu'une location sur une période de 27 années, avec des risques non vérifiables, ne serait pas compensée par la circonstance que le coût de l'opération serait inférieur de 7,5 % en cas de recours à un contrat de partenariat public privé, Mme DILLENCHNEIDER n'apporte aucun élément de nature à établir que la commune de Perpignan aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en recourant à un tel contrat plutôt qu'à un marché public ;

S'agissant de la régularité de la procédure de passation du contrat de partenariat public privé :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article L. 1414-3 du code général des collectivités territoriales : « La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures. Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret. » ; qu'aux termes de l'article D. 1414-1 du même code : « I. - Tout contrat de partenariat doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective dans les conditions définies ci-après. II. - Pour les contrats de partenariat d'un montant supérieur à 210 000 euros (HT), la personne publique est tenue de publier un avis d'appel public à la concurrence dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics et au Journal officiel de l'Union européenne. La publication des avis dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ne peut intervenir avant l'emploi à l'Office des publications de l'Union européenne. Ces avis ne peuvent contenir d'autres renseignements que ceux qui sont adressés à l'office. Pour les contrats inférieurs à ce montant, la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant et à la nature des prestations envisagées. III. - Les avis mentionnés au II sont établis conformément aux modèles fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie pour les marchés publics. Les avis destinés au Bulletin officiel des annonces des marchés publics sont envoyés par téléprocédure. IV. - Le Bulletin officiel des annonces des marchés publics est tenu de publier les avis d'appel public à la concurrence, conformément au texte transmis par la personne publique, dans les onze jours qui suivent la date de leur réception. » ;

Considérant que la commune de Perpignan justifie d'une publication régulière d'un avis d'appel public à concurrence au journal officiel de l'Union européenne, au bulletin officiel des annonces des marchés publics, et au moniteur des travaux publics ; que par suite, le moyen,

dépourvu de précision, selon lequel la commune ne justifie pas d'une publicité régulière de son avis d'appel public à concurrence, doit être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article L. 1414-6 du code général des collectivités territoriales : « Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de réception des candidatures est d'au moins quarante jours. Il est mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence.(...) » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier et n'est pas contesté que l'avis initial d'appel public à la concurrence a été envoyé au bulletin officiel des annonces des marchés publics et à l'office des publications de l'Union européenne le 22 décembre 2006, et la date limite de dépôt des candidatures fixée au 6 février 2007 ; que l'avis rectificatif d'appel public à la concurrence a été envoyé au bulletin officiel des annonces des marchés publics et à l'office des publications de l'Union européenne le 11 janvier 2007, et la date limite de dépôt des candidatures reportée au 21 février 2007 ; que le délai de quarante jours prévu à l'article précité a donc été respecté ;

Considérant, en troisième lieu, que si Mme DILLENSCHNEIDER soutient que la liste des candidats retenus mentionne des renseignements et documents qui ne figurent pas à l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, cet article ne comporte aucune disposition relative aux documents ou renseignements à fournir à l'occasion d'une procédure de passation d'un contrat de partenariat public privé ; que le moyen, tel qu'il est présenté, et qui n'a pas été modifié après le mémoire en défense de la commune de Perpignan qui justifie du respect des dispositions de l'article D. 1414-2 du même code, doit être écarté ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'aux termes de l'article L1414-6 du code général des collectivités territoriales : « Le délai entre la date d'envoi de l'avis d'appel à la concurrence et la date limite de réception des candidatures est d'au moins quarante jours. (...). Au terme de ce délai, une commission, composée conformément aux dispositions de l'article L. 1411-5, dresse la liste des candidats admis à participer au dialogue défini à l'article L. 1414-7 ou à la procédure décrite à l'article L. 1414-8, en application des critères de sélection des candidatures mentionnés dans l'avis d'appel public à la concurrence. (...) » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales, la commission chargée d'ouvrir les plis contenant les offres des candidats aux délégations de service public est composée : « b) lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, par le maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus à la représentation proportionnelle au plus fort reste » ; qu'aux termes de l'article R. 119 du code électoral : « Les réclamations contre les opérations électorales doivent être consignées au procès verbal, sinon être déposées, à peine de nullité, dans les cinq jours qui suivent le jour de l'élection, au secrétariat de la mairie, ou à la sous-préfecture, ou à la préfecture. Elles sont immédiatement adressées au préfet qui les fait enregistrer au greffe du tribunal administratif » ; que ces dernières dispositions sont applicables aux protestations dirigées contre l'élection des membres de la commission d'ouverture des plis mentionnée ci-dessus ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le conseil municipal de la commune de Perpignan a élu les membres de la commission d'ouverture des plis en vue du choix de l'attributaire du contrat de partenariat public privé par délibération du 27 novembre 2006, et que ces élections n'ont pas été contestées devant le juge de l'élection dans le délai prévu à l'article R. 119 du code électoral ; que, par suite, le moyen tiré de ce que l'irrégularité alléguée de l'élection des membres de la commission d'ouverture des plis aurait affecté la régularité de la

délibération du conseil municipal prise le 10 juillet 2008 sur l'avis de cette commission, est irrecevable ;

Considérant, en cinquième lieu, qu'aux termes de l'article L1414-5 du code général des collectivités territoriales : « Si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues à l'article L. 1414-7. (...) » ;

Considérant, eu égard aux circonstances susmentionnées, que la commune de Perpignan était objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins pour la réalisation du théâtre de l'Archipel ; que Mme DILLENSCHNEIDER n'est donc pas fondée à soutenir que c'est à tort qu'elle a recouru à une phase de dialogue compétitif ;

Considérant qu'il résulte de toute ce qui précède que Mme DILLENSHNEIDER n'est pas fondée à soutenir que la délibération attaquée est entachée d'illégalité externe ou d'illégalité interne, en tant qu'elle aurait autorisé la signature d'un contrat passé en méconnaissance des dispositions du code général des collectivités territoriales ; que ses conclusions à fin d'annulation de la délibération du 10 juillet 2008 doivent donc être rejetées ;

Sur les conclusions aux fins d'injonction et d'astreinte :

Considérant que le présent jugement attaqué qui rejette les conclusions à fin d'annulation présentées par Mme DILLENSCHNEIDER n'appelle aucune mesure d'exécution ; que, par suite, ses conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la commune de Perpignan de prendre toutes mesures utiles afin de mettre fin au contrat de partenariat litigieux, et, à défaut d'accord amiable avec son titulaire, de saisir le juge du contrat afin qu'il constate la nullité de la convention, doivent être également rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la commune de Perpignan, qui n'est pas partie perdante dans la présente instance, le paiement à Mme DILLENSCHNEIDER de la somme que celle-ci demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de Mme DILLENSCHNEIDER le paiement à la commune de Perpignan, d'une part, et à la société Fondeville, d'autre part, d'une somme de 1 000 euros au titre des mêmes frais ;

DECIDE :

Article 1er : La requête de Mme Nicole DILLENSCHNEIDER est rejetée.

Article 2 : Mme Nicole DILLENSCHNEIDER versera à la commune de Perpignan, d'une part, et à la société Fondeville, d'autre part, la somme de 1 000 euros en application de l'article L 761-1 du code de justice administrative.

Article 3: Le présent jugement sera notifié à Mme Nicole DILLENSCHNEIDER, à la commune de Perpignan, et aux sociétés Fondeville, FIP-AUXIFIP et GDF Suez énergie services-Cofely.

Délibéré après l'audience du 5 février 2010, à laquelle siégeaient :

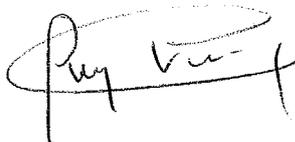
M. Vivens, président,
M. Mauny, conseiller,
M. Prunet, conseiller,

Lu en audience publique le 26 février 2010 .

Le rapporteur,


O. MAUNY

Le président,


G. VIVENS

Le greffier,



M-A. BARTHELEMY

La République mande et ordonne au Préfet des Pyrénées-Orientales en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.

Pour expédition conforme,

Montpellier le 26 février 2010.

Le greffier,



M-A. BARTHELEMY