

Constitution, contrats et commande publique

Laurent RICHER - Professeur de droit public, avocat à la Cour

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 37 (DOSSIER : LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE DROIT ADMINISTRATIF) - OCTOBRE 2012

Le Conseil constitutionnel a contribué au droit des contrats administratifs aussi bien par des décisions de déclassement, que par des décisions rendues sur recours direct et par des décisions sur QPC.

Les décisions portent en général sur une disposition législative modifiant le régime juridique d'une catégorie de contrat, parfois sur une disposition relative à un contrat déterminé, soit qu'elle le valide (2), soit qu'elle le modifie (3).

Clairsemée avant le début du XXI^e siècle, la jurisprudence s'est étoffée au cours des dix dernières années en même temps que les interventions du législateur dans un domaine où, jusque-là, il était assez discret.

La faible densité de lois a été la conséquence de l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel à la notion d'« obligations civiles et commerciales » de l'article 34, interprétation qui a abouti à réserver une place importante au règlement (I) et cela alors même que la liberté contractuelle se voit reconnaître valeur constitutionnelle (II).

Par suite des circonstances, le régime du contrat administratif est, cependant, devenu de plus en plus législatif, ce qui a permis le développement de la jurisprudence constitutionnelle. Le bloc constitutionnel de référence présente un caractère dualiste ; d'un côté, le principe d'égalité impose une ouverture de l'accès aux contrats (IV), alors que les autres principes vont dans le sens de la fermeture de la sphère publique sur elle-même (III).

I - Contrats administratifs et domaine de la loi

Avec le début du vingt-et-unième siècle la loi a pris une place nettement plus importante qu'auparavant, alors même que les règles qui délimitent son domaine n'ont pas été modifiées.

Un contrat administratif n'étant ni civil, ni commercial, il peut sembler évident que le régime des contrats administratifs ne relève pas du domaine de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, qui réserve à la loi les « principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ». Mais il est rien moins qu'évident que la notion d'« obligation civile » renvoie au droit civil, elle peut être interprétée plus largement comme désignant toute obligation patrimoniale qui n'est pas imposée par un acte de la puissance publique. C'est en ce sens qu'a statué le Conseil constitutionnel à propos de la responsabilité de la puissance publique (4).

À partir du moment où un contrat administratif crée généralement des obligations à la charge d'un cocontractant privé, il n'aurait pas été inconcevable de considérer que ce qui touche au contrat administratif retentit sur des obligations civiles ou commerciales.

Tel n'est pas le cas ; sur la base d'une vision quelque peu unilatéraliste de la matière qui néglige le fait qu'un tel contrat d'une part n'est pas un acte de puissance publique, d'autre part, crée des obligations à la charge d'un particulier, il n'a pas été admis que le contrat administratif relève du domaine législatif.

C'est ce qui résulte de plusieurs décisions de déclassement. La décision n° 64-29 L du 12 mai 1964 déclare de nature réglementaire des dispositions « concernant les rapports entre les collectivités locales et les entreprises avec lesquelles elles ont passé des contrats ainsi qu'aux obligations mises à la charge des entreprises ayant passé des marchés avec les collectivités locales » et une autre décision retient le caractère réglementaire des règles portant sur les contrats territoriaux d'exploitation entre l'État et les exploitants agricoles (5).

La portée de ces décisions peut être discutée, notamment au regard de leurs motifs.

Le motif de la décision de 1964 est que les obligations définies par les textes examinés « constituent simplement une des modalités d'action de la

tutelle administrative qui s'exerce sur ces collectivités et ne mettent pas en jeu les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales » et le commentaire de la décision de 2003 aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* indique que « l'objet de ces dispositions ne relève pas des matières que l'article 34 de la Constitution place dans le domaine réservé à la loi. Elles se rapportent, en effet, à l'attribution de subventions, d'origine nationale ou communautaire, qui relève de la compétence du pouvoir réglementaire » (*Cahiers*, n° 15).

Il n'est pas expressément affirmé que le régime des contrats administratifs ne touche pas aux principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; mais c'est une conséquence nécessaire de ces décisions.

Cependant, il résulte de la jurisprudence postérieure que, plus que le caractère administratif du contrat, semble être déterminante la nature de la personne publique contractante. Il a, en effet, été décidé que « ni l'article 34 de la Constitution, ni aucune règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés et contrats passés par l'État soient définies par la loi » (Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, AJDA 2002. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau ; D. 2003. 1125, obs. D. Ribes). Cela implique que relèvent du domaine réglementaire les règles applicables à tout contrat passé par l'État, ce qui englobe les contrats administratifs, sans leur être limité. Le Conseil constitutionnel considère ainsi que le pouvoir exécutif, compétent pour passer les contrats, l'est aussi pour fixer par voie générale le régime de ces contrats, conçu comme une autolimitation qu'il s'impose (6).

Il n'en demeure pas moins que les règles applicables aux contrats administratifs peuvent relever du domaine de la loi par application de normes autres que l'alinéa de l'article 34 relatif aux principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales.

Le législateur est, d'abord, seul compétent pour décider qu'un contrat a le caractère de contrat administratif ou de contrat de droit privé puisqu'une telle qualification touche à la répartition des compétences entre les ordres de juridictions.

La compétence du législateur s'impose ensuite et surtout pour les contrats des collectivités locales, puisque la passation des contrats est une modalité d'exercice de la liberté d'administration des collectivités locales dont les principes et conditions sont fixées par la loi (art. 34 ; art. 72). Les dispositions relatives à la passation ou à l'exécution de contrats ressortissent, en principe, c'est-à-dire en l'absence d'habilitation législative, de la compétence du législateur dès lors qu'elles imposent des « obligations » aux collectivités locales (CE 29 avril 1981, Ordre des architectes, AJDA 1981, 431, note Genevois).

Mais, en ce qui concerne les marchés publics des collectivités locales, grâce à quelques acrobaties juridiques du Conseil d'État, le pouvoir réglementaire est compétent sur la base d'une habilitation donnée par le décret du 12 novembre 1938, texte de « nature législative » lui-même adopté en vertu de la loi d'habilitation du 5 octobre 1938 qui, selon le Conseil d'État, est restée en vigueur en dépit de l'article 34 (CE, 5 mars 2003, n° 238039, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, au Lebon 90, concl. Piveteau ; AJDA 2003. 718, chron. F. Donnat et D. Casas ; *ibid.* 697, tribune L. Richer ; D. 2003. 865 ; RDI 2003. 269, obs. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus ; RTD eur. 2003. 661, chron. D. Ritleng). Jurisprudence contraire à la Constitution selon le regretté Louis Favoreu (7), mais on ne saura jamais ce qu'en penserait le Conseil constitutionnel puisque le décret du 12 novembre 1938, quoique de nature législative, n'a pas valeur législative, le projet de loi de ratification ayant été déposé mais non adopté.

Cette habilitation aurait pu être abrogée depuis 1958 par une quelconque loi d'habilitation de l'article 38, mais le Gouvernement veille à ce que cela ne se produise pas, comme en témoignent ses observations en réponse au recours contre la loi de 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit : « Cette habilitation n'est pas remise en cause par l'habilitation donnée par le 3° de l'article 5 de la loi déferée dont l'objet et le champ sont différents » (Observations du gouvernement - 2003-473 DC Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, AJDA 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer).

Cela n'a pas empêché le législateur de ne pas toujours tenir compte du décret - loi de 1935 et de toucher plusieurs fois au code des marchés publics (voir art. 58 L. n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale ; art. 118 L. n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives). On est à la limite de l'abrogation implicite du décret de 1938.

Les restrictions ainsi apportées à la compétence législative expliquent que la jurisprudence constitutionnelle en matière de marchés publics ait longtemps été quasi inexistante. Mais, depuis le début des années 2000, deux circonstances ont contribué à modifier la situation.

En premier lieu, plusieurs textes ont autorisé la conclusion de contrats globaux dérogeant à l'obligation de séparer la fonction d'entrepreneur et celle de maître d'ouvrage. Cette obligation est imposée par une loi, la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique, dont l'intervention s'explique à la fois parce qu'elle concerne les collectivités locales et parce qu'elle ne porte pas seulement sur les marchés publics ; pour déroger à cette loi d'autres lois étaient nécessaires.

En deuxième lieu, il a fallu tenir compte de ce que les directives européennes sur les marchés publics ont un champ d'application beaucoup plus large que celui du code des marchés publics ; elles imposent des règles de passation aussi bien aux pouvoirs adjudicateurs soumis au code (l'État, les collectivités locales et certains établissements publics) qu'à des pouvoirs adjudicateurs non soumis au code et qui peuvent être des personnes privées et elle s'appliquent à des contrats qui, selon le droit français, ne sont pas des marchés publics relevant du code, alors qu'il sont dans le champ d'application des directives (concession d'aménagement, contrat d'occupation du domaine public prévoyant la réalisation de travaux, contrat de partenariat). L'habilitation de 1935 ne permet pas au Gouvernement de définir le régime de ces contrats extérieurs au code des marchés et l'intervention du législateur s'est donc trouvée nécessaire.

La règle selon laquelle le régime des contrats de l'État relève du domaine réglementaire a de la sorte été reléguée au second plan.

Au contraire, c'est un mouvement ascensionnel qu'a connu le principe de liberté contractuelle, au moins en apparence.

II - Liberté contractuelle et personnes publiques

On ne reviendra pas sur l'évolution qui a amené le Conseil constitutionnel à reconnaître la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle aussi bien pour les personnes privées que pour les personnes publiques. Cette évolution a déjà été retracée dans les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* (8). L'aboutissement en a été la décision de 2006 rendue à propos des concessions de distribution de gaz conclues par les collectivités locales, par laquelle il a été jugé que pour des fins d'intérêt général le législateur peut « déroger au principe de la liberté contractuelle, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » (Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 Loi relative au secteur de l'énergie, AJDA 2007. 192, note G. Marcou ; *ibid.* 473 ; *ibid.* 2006. 2437, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit, note G. Marcou ; D. 2007. 1760, note M. Verpeaux ; *ibid.* 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RFDA 2006. 1163, note R. de Bellescize ; *ibid.* 2007. 564, note A. Levade ; *ibid.* 596, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier).

Cependant, bien avant 2006, la liberté contractuelle des collectivités locales avait été reconnue en tant que manifestation de leur liberté d'administration, laquelle est une liberté fondamentale (9). Le rattachement à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'emporte donc élargissement que dans la mesure où l'État et d'autres personnes publiques peuvent bénéficier de la liberté contractuelle.

Il ne semble pas que le cas de l'État ait, à ce jour, été traité par la jurisprudence. Ce qui est admis pour les personnes publiques en général peut-il l'être pour l'État, alors que la liberté contractuelle fonde une protection contre les immixtions de l'État dans la sphère du contrat ?

Sans entrer dans la controverse sur la notion de droit fondamental (10), on peut constater que la Constitution de la République française, avant d'être une charte des droits est un code de la répartition des compétences entre les pouvoirs constitués. Or, les contrats de l'État sont, à de rares exceptions près, conclus par le pouvoir exécutif à qui est reconnue une compétence générale pour contracter ; le rattachement de cette compétence à une liberté contractuelle de valeur constitutionnelle n'est pas privé de sens si l'on y voit une protection du domaine du contrat contre les empiétements du législateur.

Quelles sont les implications de la liberté contractuelle prise en tant que telle ou en tant que corollaire de la libre administration locale ?

Une première implication est le libre choix de son cocontractant par la personne publique ; mais cet aspect de la liberté contractuelle n'apparaît dans la jurisprudence constitutionnelle qu'en négatif, à travers les restrictions qui sont admises dans l'intérêt général (Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006 Loi relative au secteur de l'énergie, AJDA 2007. 192, note G. Marcou ; *ibid.* 473 ; *ibid.* 2006. 2437, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit, note G. Marcou ; D. 2007. 1760, note M. Verpeaux ; *ibid.* 1166, obs. V. Bernaud, L. Gay et C. Severino ; RFDA 2006. 1163, note R. de Bellescize ; *ibid.* 2007. 564, note A. Levade ; *ibid.* 596, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier ; Décision n° 2011-146 QPC du 08 juillet 2011 Département des Landes [Aides publiques en matière d'eau potable ou d'assainissement, AJDA 2011. 1407 ; *ibid.* 2067 ; *ibid.* 1809, tribune S. Braconnier, note M. Verpeaux ; AJCT 2011. 561, obs. J.-D. Dreyfus ; Constitutions 2012. 51, obs. P. Demaye-Simoni]).

L'existence du motif d'intérêt général est admise avec une facilité qu'on peut trouver excessive. Selon la décision 2006-543 DC, l'exclusivité des concessions de distribution de gaz au profit de GDF et des distributeurs non nationalisés « trouve sa justification dans la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution », alors qu'il n'est absolument pas démontré que ce motif technique et ce motif financier rendent nécessaire le droit exclusif.

D'après la décision 2011-146 QPC le législateur a porté atteinte à la libre administration du département en interdisant aux conseils généraux de moduler leurs subventions aux services d'eau et d'assainissement communaux en fonction du mode de gestion ; la grave restriction apportée à

la liberté contractuelle des communes n'est même pas évoquée, tout se passe comme si la gestion déléguée était par elle-même contraire à l'intérêt général. Comme l'a relevé un auteur, « il y a un peu de confusion d'esprit dans tout cela » (J.-B. Auby, *Dr. adm.* 2011, com. 91).

Une deuxième conséquence de la liberté contractuelle est que les parties peuvent librement définir le contenu du contrat. On retiendra ici l'apport de la Décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (« loi Sapin », D. 1994. 285, obs. H. Maisl ; RFDA 1993. 902, étude D. Pouyaud), qui est fondée sur le principe de libre administration des collectivités locales (11).

Le Conseil constitutionnel était saisi de dispositions régissant la durée des conventions de délégation de service public (DSP) ; il a admis que pour atteindre les objectifs de transparence et de concurrence le législateur a pu imposer un encadrement de la durée des contrats, mais, à propos des possibilités de prolongation, il décide que la loi doit laisser « sous le contrôle du juge une marge d'appréciation suffisante aux collectivités concernées pour la négociation des contrats dans chaque cas d'espèce ». En l'espèce, la loi a imposé « une contrainte excessive qui est de nature à porter atteinte à la libre administration des collectivités locales » en prévoyant en toutes circonstances que les prolongations de contrat ne pourraient augmenter de plus d'un tiers la durée initiale.

Il n'est pas affirmé de façon générale qu'une marge d'appréciation suffisante doit être préservée et que le juge constitutionnel vérifie la proportionnalité des restrictions apportées à la liberté ; la solution est motivée par la diversité des situations qui peuvent se présenter en matière de DSP, les collectivités locales ne devant pas être privées de la possibilité de s'y adapter à l'occasion de la négociation du contrat. La préservation de la marge d'appréciation des collectivités locales a donc une portée limitée et n'est pas assimilable à une protection générale accordée à la liberté contractuelle.

Il n'est donc pas exclu que dans un cas déterminé et pour un motif d'intérêt général le législateur fixe, comme il l'a déjà fait à plusieurs reprises, des règles de durée de la convention de délégation d'un service public déterminé.

On constate, en fin de compte, qu'à ce jour la jurisprudence constitutionnelle n'a guère attaché d'effets à la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle qui cède très facilement le pas à l'invocation de l'intérêt général.

Cette vision très « administrée » du contrat de l'administration se retrouve en partie dans la jurisprudence intéressant l'objet des contrats et leur passation.

III - Objet des contrats

Quand la norme constitutionnelle se préoccupe du contenu des contrats, ce peut être pour imposer aux parties, par l'intermédiaire de la loi, le respect de l'intérêt général, soit en prohibant des clauses, comme, par exemple, les durées excessives de l'occupation des biens du domaine public, ce qui est imposé par la protection de la propriété publique (Décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, Loi complétant le code du domaine de l'état et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, AJDA 1994. 786, note G. Gondouin ; D. 1995. 347, obs. J. Pini ; RDI 1994. 427, obs. J.-B. Auby et C. Maugué ; RFDA 1994. 1106, étude C. Laviaille ; RTD civ. 1995. 656, obs. F. Zenati), soit en obligeant à prévoir certaines clauses (ex. : les exigences du service public et de sa continuité mentionnées dans plusieurs décisions et qui imposent, par exemple, la présence de clauses dans le contrat - Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, AJDA 2002. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau ; D. 2003. 1125, obs. D. Ribes - à propos du crédit-bail).

Mais, à ce jour, la jurisprudence constitutionnelle relative aux contrats administratifs a eu pour principale fonction de marquer des frontières. En dehors de quelques décisions intéressant la relation entre contrat (entre personnes publiques) et exercice des compétences (12), une partie importante de la jurisprudence porte sur la protection de la sphère publique contre les incursions du secteur privé.

D'une façon générale, les fonctions de souveraineté ne peuvent être confiées à une personne privée. Tel est le cas, par exemple, pour « *les fonctions de direction, de greffe et de surveillance des établissements pénitentiaires, inhérentes à l'exercice par l'État de sa mission de souveraineté* » (Décision n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, Loi de programmation relative à l'exécution des peines, AJDA 2012. 625).

Aucun texte n'est visé à l'appui de cette prohibition ; en revanche, quand il s'agit de police, un fondement textuel est invoqué.

En effet, c'est en se fondant sur l'article 12 de la Déclaration de 1789, selon lequel « la garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée », que le Conseil constitutionnel a jugé que la loi ne peut permettre « la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la »force publique« nécessaire à la garantie des droits » (Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi

d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieur, AJDA 2011. 532 ; *ibid.* 1097, note D. Ginocchi ; D. 2011. 1162, chron. P. Bonfils ; *ibid.* 2012. 1638, obs. V. Bernaud et N. Jacquinet ; AJCT 2011. 182, étude J.-D. Dreyfus ; Constitutions 2011. 223, obs. A. Darsonville ; *ibid.* 581, chron. V. Tchen ; RSC 2011. 728, chron. C. Lazerges ; *ibid.* 789, étude M.-A. Granger ; *ibid.* 2012. 227, obs. B. de Lamy), ce qui motive la censure d'une disposition de la LOPPSI autorisant à confier à des opérateurs privés le soin d'exploiter des systèmes de vidéoprotection sur la voie publique et de visionner les images pour le compte de personnes publiques.

En se fondant sur ce texte, le Conseil constitutionnel rejoint une jurisprudence ancienne du Conseil d'État (cf. CE 17 juin 1932, Ville de Castelnaudary, *Rec.* 595 ; D. 1932, 3, 26, concl. Josse : « le service de la police rurale, par sa nature, ne saurait être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration »).

Mais, le Conseil d'État admet que des cocontractants privés peuvent se voir confier des tâches matérielles, par opposition avec l'exercice de prérogatives de puissance publique (sur cette distinction voir : CE, 10 oct. 2011, n° 337062, *Ministre de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche* / *Jonnet*, au Lebon ; AJDA 2011. 1985 ; RFDA 2012. 481, note B. Delaunay, *BJDCP* 2012, n° 80, p. 51, concl. Lieber) ; est-ce bien compatible avec l'article 12 ? La jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est-elle pas plus rigoureuse que celle du Conseil d'État ? Ne devrait-elle pas entraîner, par exemple, l'inconstitutionnalité de l'article L. 213-3 du Code de l'aviation civile qui a permis de confier à des sociétés privées de surveillance le contrôle des passagers et bagages dans les aéroports ?

IV - Passation des contrats

Le Conseil constitutionnel n'a pas consacré un principe général de transparence dans la passation des contrats, mais il fait application en ce domaine de l'omniprésent principe d'égalité qui n'a rien de spécifique aux contrats ou aux contrats administratifs.

Avec la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 (Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, AJDA 2003. 1404, note E. Fatôme ; *ibid.* 1391, note J.-E. Schoettl ; *ibid.* 2348, étude E. Fatôme et L. Richer) le Conseil constitutionnel cesse de se tenir à la périphérie du droit des contrats administratifs pour investir la matière en y introduisant une notion nouvelle, celle de commande publique et en faisant de certaines règles de la commande publique des garanties d'exigences constitutionnelles.

Comme ailleurs, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit » (13). Si la réserve de différences de situation ou de motif d'intérêt général a permis, le plus souvent, de ne pas censurer les textes législatifs concernant les contrats publics, il est quand même arrivé qu'une disposition soit déclarée contraire au principe d'égalité (Décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, D. 2002. 1952, obs. V. Bertile ; *Rev. sociétés* 2002. 76, note Y. Guyon).

Cette décision 2001-452 DC admet que la loi peut prévoir un accès préférentiel aux marchés publics en faveur de structures coopératives et associatives visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion ou l'esprit d'entreprise indépendante et collective, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement ; mais, une fois le motif d'intérêt général admis dans son principe, il est ajouté que la dérogation doit en rester une, ce dont il résulte que le droit de préférence instauré par le législateur doit porter sur « une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis », ce que ne fait pas la loi en cause dont les dispositions se caractérisent « tant par leur ampleur que par leur imprécision » (14).

L'importante décision déjà citée du 20 janvier 1993 (Décision n° 92-316 DC, D. 1994. 285, obs. H. Maisl ; RFDA 1993. 902, étude D. Pouyaud) juge que la loi a enfreint le principe d'égalité en dispensant les sociétés d'économie mixte de concurrence préalable à l'attribution d'une DSP, car ces sociétés ne présentent pas par rapport à leurs concurrents privés de différence de situation significative.

Une évolution sur ce point est-elle concevable ? La question se posera peut-être si la proposition législative de directive sur les concessions arrêtée le 20 décembre 2011 par la Commission européenne (COM [2011] 897 final) est adoptée en l'état par le Parlement et le Conseil. Cette proposition prévoit, en effet, que dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports, des ports, des aéroports une entité adjudicatrice peut conclure librement une concession avec une « entreprise liée », notion qui englobe notamment les sociétés d'économie mixte (SEM) françaises ; le droit de l'UE permettrait donc dans les secteurs en question d'exclure les SEM ; cela serait peut-être de nature à susciter un infléchissement de la part du Conseil constitutionnel, à moins que le principe d'égalité soit maintenu dans toute sa rigueur, auquel cas la norme constitutionnelle française ferait obstacle à la transposition de la directive sur ce point.

Dans une importante décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 (Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, préc.) (15) le Conseil

constitutionnel n'est pas allé jusqu'à admettre, comme l'y invitaient les auteurs de la saisine, que la création du contrat de partenariat contrevenait au principe d'égalité en favorisant les grosses entreprises, mais il n'en a pas moins jugé, par le biais des garanties légales d'exigences constitutionnelles, que des restrictions devaient être apportées à l'utilisation de ce contrat.

La loi de 2003 habilite le Gouvernement à créer une nouvelle forme de contrat, le contrat qui allait être dénommé partenariat et qui se caractérise par sa globalité, puisqu'il confie à la fois la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, et par le lissage des paiements par la personne publique sur toute sa durée

Le Gouvernement ayant proclamé sa volonté de créer « une nouvelle forme de contrat » ne pouvait utiliser l'habilitation concernant les marchés publics et, l'eût-il voulu, qu'une loi eût néanmoins été nécessaire pour déroger à la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique.

La création du contrat de partenariat s'est heurtée à de fortes résistances de la part des PME et des maîtres d'œuvre, qui y ont vu une mise en danger de leurs intérêts économiques et elle a suscité une critique d'ordre politico-éthique, qui a trouvé un écho dans la saisine du Conseil constitutionnel par les sénateurs : le nouveau contrat serait la reprise sous une forme plus avenante des marchés d'entreprise de travaux publics (METP) qui « avaient fait l'objet de nombreuses critiques quant à l'opacité, pas seulement juridique, qui les inspiraient ou qu'ils généraient ».

Le Conseil constitutionnel a rendu une décision de conformité, mais en introduisant des réserves qui ont abouti à entraver le développement du contrat de partenariat.

Trois dérogations au droit des marchés publics résultant de la loi déferée sont mentionnées par la décision :

- la même personne est chargée de la conception, de la réalisation, de la transformation, de l'exploitation et du financement
- en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots font l'objet d'un jugement commun
- le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public n'est pas exclu.

Rien de tout cela n'est, selon la décision, prohibé par un « impératif constitutionnel » [\(16\)](#).

Néanmoins, le Conseil constitutionnel limite la portée de la réforme en utilisant la notion de « garanties légales des exigences constitutionnelles ».

Selon la formule consacrée depuis 1986, « il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions... Ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ».

En l'espèce, trois exigences constitutionnelles sont identifiées : l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques et le bon usage des deniers publics. La première de ces exigences découle de l'article 6 de la Déclaration de 1789, la troisième de son article 14, auquel a été adjoint en 2008 l'article 15 [\(17\)](#).

Sont considérées comme des « garanties légales » de ces exigences les règles du « droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique » que sont l'interdiction du cumul des fonctions de maître d'œuvre et d'entrepreneur, l'obligation d'évaluation séparée des lots et l'interdiction du crédit-bail ou de l'option d'achat.

Il n'est pas décidé en l'espèce que ces garanties légales doivent être maintenues, mais seulement qu'elles doivent rester le principe et que, par conséquent, elles ne peuvent être écartées que par voie de dérogations, lesquelles doivent reposer sur 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 la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé »).

La décision est inhabituelle en ce que, en général, les garanties légales doivent être maintenues ; mais c'est surtout le traitement réservé au droit des contrats publics qui retient l'attention.

Il est tout à fait étonnant que le Conseil constitutionnel ait pu découvrir un « droit commun de la commande publique », alors que la notion même de commande publique n'avait reçu aucune consécration juridique antérieure.

Et, à supposer admise l'existence d'une catégorie juridique plus large que les marchés publics, il faut beaucoup de bonne volonté pour admettre l'existence des « garanties légales » mentionnées par le Conseil constitutionnel.

La règle de la séparation des fonctions ne s'applique qu'aux contrats conclus par les personnes publiques exerçant la maîtrise d'ouvrage, c'est-à-dire qu'elle ne vise que les marchés de maîtrise d'ouvrage et de travaux ; elle ne s'applique pas aux autres contrats susceptibles d'être candidats à l'appartenance à la « commande publique », tels les baux emphytéotiques, les contrats de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) par lesquels l'administration se procure un ouvrage sans exercer la maîtrise d'ouvrage ou les autres contrats, qui, sans être des marchés au sens de l'article 1^{er}-II du code, en sont au sens de la directive 2004/18, qui ne fait pas de l'exercice de la maîtrise d'ouvrage une condition de la qualification comme marché public ; or, la directive admet sans restriction qu'un contrat peut confier à la fois la conception et l'exécution.

Quant à la « garantie » résultant de ce que « les candidatures et les offres sont examinées lot par lot », elle a un caractère réglementaire et concerne strictement les marchés publics ; la qualification comme « garantie légale » relevant du droit commun de la commande publique paraît donc aventureuse.

La fragilité de la motivation de la décision montre que le raisonnement juridique n'a joué qu'un rôle très secondaire, que le Conseil constitutionnel n'a pas été insensible aux arguments politico-éthiques invoqués par les auteurs de la saisine. Mais, cette décision correspondait, apparemment, à un besoin puisque la notion de commande publique, qu'elle a consacrée en droit, a ensuite, été reprise et enrichie par le juge administratif et le législateur.

(1) Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, dans leur numéro 37, ont publié un dossier intitulé « Le Conseil constitutionnel et le droit administratif » qui, outre la présente contribution, comprend les articles suivants :

Constitution et droit administratif [\(1\)](#), par Bernard Stirn, p. 7.

Constitution et service public, par Norbert Foulquier et Frédéric Rolin, p. 21.

Constitution et fonction publique, par Antony Taillefait, p. 49.

Constitution et biens publics, par Yves Gaudemet, p. 65.

(2) Ex. : Décision n° 2010-100 QPC du 11 février 2011, M. Alban Salim B. [Concession du Stade de France], AJDA 2011. 305 ; RFDA 2011. 611, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau.

NB: dans un souci d'allègement du texte, il sera renvoyé, pour les références des commentaires doctrinaux des décisions citées, au site Internet du Conseil constitutionnel.

(3) On peut donner en exemple la décision du 26 janvier 1995 - n° 94-358 DC *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, D. 1997. 119, obs. J. Trémeau ; *ibid.* 124, obs. J. Pini ; *ibid.* 125, obs. E. Oliva ; *ibid.* 139, obs. F. Mélin-Soucramanien ; RFDA 1995. 780, étude B. Mathieu selon laquelle, « pour assurer le financement des ouvrages publics en cause, le législateur pouvait décider de proroger des conventions déjà passées entre la Compagnie et Électricité de France qui règlent les conditions de leurs missions respectives de service public ».

(4) « [...] la règle, édictée dans la deuxième phrase du premier paragraphe de l'article, d'après laquelle le contribuable ne peut prétendre « à l'allocation de dommages et intérêts ou d'indemnités quelconques, sans préjudice des dispositions de l'article 1957 » ; que cette règle qui concerne la responsabilité de la puissance publique en matière fiscale touche aux principes fondamentaux des « obligations civiles et commerciales » dont la détermination relève de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution » (Décision n° 80-116 L du 24 octobre 1980, Nature juridique de diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale).

(5) Décision n° 2003-195 L du 22 mai 2003, Nature juridique de dispositions du Code rural relatives aux contrats territoriaux d'exploitation, AJDA 2003. 1267, note J.-E. Schoettl.

(6) De même, selon le commissaire du gouvernement Piveteau (concl. sous CE, 5 mars 2003, n° 238039, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, au Lebon 90, concl. Piveteau ; AJDA 2003. 718, chron. F. Donnat et D. Casas ; *ibid.* 697, tribune L. Richer ; D. 2003. 865 ; RDI 2003. 269, obs. M. Degoffe et J.-D. Dreyfus ; RTD eur. 2003. 661, chron. D. Ritleng ; *BJDCP* 2003, n° 28, p. 209), « le Code des marchés publics est en définitive, pour l'essentiel, un code de procédure administrative. L'État peut certainement se l'imposer à lui-même par voie réglementaire ».

(7) L. Favoreu, « Le Conseil d'État, défenseur de l'Exécutif », *Mélanges Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 237.

(8) Pierre-Yves Gahdoun, « Le Conseil constitutionnel et le contrat » *Cahiers*, n° 31, avril 2011.

(9) Louis Favoreu, André Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », *Cahiers*, n° 12, mai 2002.

(10) Voir O. Maetz, *Les droits fondamentaux des personnes publiques*, Fondation Varenne, LGDJ, 2011 ; E. Picard, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA* 1998, p. 651.

(11) Fondée sur la libre administration des collectivités locales, la censure n'en profite pas moins à l'État dont les contrats étaient aussi visés par la disposition en cause.

(12) Si aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que des conventions « aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'État, d'une part, et des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi » (Décision n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances), la loi ne saurait renvoyer à une convention la définition même des compétences (Décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995, Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire, D. 1997. 119, obs. J. Trémeau ; *ibid.* 124, obs. J. Pini ; *ibid.* 125, obs. E. Oliva ; *ibid.* 139, obs. F. Mélin-Soucramanien ; RFDA 1995. 780, étude B. Mathieu), et la convention sur l'exercice des compétences ne saurait avoir pour effet de créer une tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre (Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat, AJDA 2008. 1516 ; *ibid.* 1664, note J.-D. Dreyfus ; D. 2008. 1980, obs. M.-C. Montecler ; RFDA 2008. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud).

(13) Ex. : Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, AJDA 2002. 1059, note J.-Y. Chérot et J. Trémeau ; D. 2003. 1125, obs. D. Ribes ; Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat, AJDA 2008. 1516 ; *ibid.* 1664, note J.-D. Dreyfus ; D. 2008. 1980, obs. M.-C. Montecler ; RFDA 2008. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud.

(14) On relève que de dispositions similaires tout aussi amples et imprécises figurent à l'article 53-IV du Code des marchés publics. Le Tribunal administratif de Montreuil a posé à la CJUE une question préjudicielle sur la validité de ces dispositions (TA de Montreuil, 16 mars 2010, Soc. Accor services France, *Contrats et marchés publics*, 2010, com. 332).

(15) Voir commentaire E. Fatôme et L. Richer in *Revue française de droit constitutionnel*, 2003.772.

(16) Il avait déjà été jugé qu'« aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, l'aménagement, la maintenance et l'entretien d'un ouvrage public ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun, en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global » (CC, Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, préc.).

(17) Le « bon emploi des deniers publics, exigence de valeur constitutionnelle qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789 » (Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat, préc.).