

Commentaire de la décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002

Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure

Adoptée le 31 juillet 2002, la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure a été déférée au Conseil constitutionnel, le 5 août, par plus de soixante députés.

Alors qu'au cours des travaux parlementaires avait été surtout en débat le "rapport sur l'orientation de la politique de sécurité intérieure", figurant à l'annexe I de la loi, seul était contesté par la saisine l'article 3 de la loi relatif à la gestion du parc immobilier de la justice, de la police nationale et de la gendarmerie.

Le Conseil a toutefois examiné d'office deux autres articles (articles 1er et 7).

I) L'article 1^{er}

Le Conseil constitutionnel pouvait difficilement rester silencieux sur l'article 1^{er} de la loi, aux termes duquel "les orientations de la politique de sécurité intérieure figurant à l'annexe I sont approuvées".

Le rapport ainsi annexé est un document relativement long, constituant à la fois un bilan de la situation et un exposé programmatique des motifs et intentions des pouvoirs publics en matière de sécurité intérieure. L'habitude désormais prise par le législateur d'approuver de semblables "orientations" soulève naturellement le problème de la portée normative de celles-ci.

Confronté à ce problème tant à propos du rapport annexé à la loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989 (Ass., 5 mars 1999, Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public) qu'à propos du rapport présentant les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale annexé à la loi du 19 décembre 1997 de financement de la sécurité sociale (Ass., 5 mars 1999, Rouquette et autres), le Conseil d'Etat a adopté une position simple, générale et opportune du point de vue de la sécurité juridique : il a jugé que ces rapports, se bornant à énoncer des objectifs, "n'avaient pas la valeur normative qui s'attache aux dispositions de la loi elle-même".

Le Conseil constitutionnel a fait sienne cette analyse à propos du rapport d'orientation figurant à l'annexe I de la loi déférée.

Celui-ci, comme les précédents examinés par le Conseil d'Etat en mars 1999, se borne à énoncer des objectifs. Ceux-ci sont certes approuvés par le législateur mais leur mise en oeuvre n'est pas imposée par lui. Elle appelle, selon le cas, et sans que les pouvoirs publics y soient contraints (ils y sont seulement politiquement et moralement incités), des mesures législatives, réglementaires ou de gestion relevant, en cas de contestation, d'un contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel ou d'un contrôle de légalité par la juridiction administrative.

Plus radicalement encore, le Conseil a considéré que le rapport d'orientation ne pouvait avoir de valeur normative dès lors qu'il n'entrait dans aucune des catégories de textes législatifs prévus par la Constitution. Pour mieux le montrer, il a opposé dans sa décision le rapport approuvé par l'article 1^{er} au rapport approuvé par l'article 2 (lequel a la valeur normative qui s'attache aux "lois de programme" prévues par l'article 1^{er} de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances).

II) L'article 3

Celui-ci comporte diverses dispositions tendant à faciliter et à accélérer la réalisation des opérations immobilières destinées à répondre aux besoins de la justice, de la police nationale et de la gendarmerie.

1) Le I de l'article 3 permet de passer avec une personne ou un groupement de personnes de droit public ou privé un marché portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police nationale ou à la gendarmerie.

Cette mesure déroge aux articles 7 et 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et au code des marchés publics, qui, sauf technicité particulière de l'ouvrage, imposent la dissociation des missions de maîtrise d'oeuvre, de construction et de maintenance.

a) Les requérants voyaient dans cette dérogation un retour au "marché d'entreprise de travaux publics" (METP), désormais prohibé par les articles 10 et 94 du nouveau code (réglementaire) des marchés publics.

La saisine en déduisait que le I de l'article 3 portait atteinte au principe d'égalité entre entreprises et à la liberté du commerce et de l'industrie et qu'il méconnaissait l'article 14 de la Déclaration de 1789.

Les requérants exagéraient, ce faisant, la portée que le Conseil constitutionnel a donnée au principe de libre concurrence.

Sans doute le libre accès à la commande publique (qu'il s'agisse de marchés publics ou de délégations de service public) découle-t-il d'exigences constitutionnelles telles que le principe d'égalité (art. 6 de la Déclaration de 1789), celui de l'égalité devant les charges publiques (art. 13 de la Déclaration) ou celui de la nécessité des dépenses publiques et du consentement à ces dépenses (art. 14 de la Déclaration).

Sans doute aussi le respect d'exigences de valeur constitutionnelle est-il favorisé par les règles de publicité et de mise en concurrence.

Il n'en reste pas moins que ces règles n'ont pas, par elles-mêmes, valeur constitutionnelle. Constituant en quelque sorte de simples "verrous de sécurité", elles peuvent et doivent être conciliées avec d'autres impératifs constitutionnels ou avec des objectifs d'intérêt général (n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, cons. 6, Rec. p. 156).

En l'espèce, c'est-à-dire s'agissant des équipements affectés à la justice, à la police et à la gendarmerie au cours des années à venir, on voit bien les objectifs d'intérêt général et les

impératifs constitutionnels qui justifient l'assouplissement des règles favorisant habituellement le libre accès à la commande publique: le retard accumulé dans la mise en service d'équipements nouveaux est tellement important que, faute d'un plan d'urgence permettant de "brûler les étapes" et de rattraper le temps perdu, se trouveraient gravement compromis l'ordre public, la sécurité des personnes et des biens, l'égalité devant la justice, la nécessité des peines, la santé et la dignité des personnes incarcérées et la continuité de divers services publics.

Il n'était donc pas illégitime que le législateur, opérant la conciliation qui lui revient entre impératifs contradictoires, déroge aux règles existantes en matière de commande publique, même si ces règles tendent à favoriser le respect d'exigences constitutionnelles. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle ainsi portée par le législateur, dès lors que cette dernière n'est entachée d'aucune erreur manifeste.

L'ampleur et l'urgence des travaux de construction et de remise en état des bâtiments à réaliser au cours des prochaines années pour couvrir les besoins de la police nationale et de la gendarmerie justifient le recours au dispositif critiqué.

Ce dispositif n'entraîne, par lui-même, aucune discrimination dans l'accès à la commande publique.

En outre, comme le rappelait le Gouvernement dans ses observations et, comme le relève la décision n° 2000460 DC, les petites entreprises ne seront pas concrètement exclues de l'accès aux marchés en cause puisque, d'une part, elles pourront y participer par la voie de la sous-traitance et que, d'autre part, elles pourront se porter candidates, ainsi que la disposition critiquée le prévoit expressément, dans le cadre d'un regroupement d'entreprises.

Nous sommes loin ici des hypothèses dans lesquelles le Conseil constitutionnel a estimé le principe d'égalité méconnu du fait d'une limitation excessive de la concurrence (n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, cons. 9 et 10, Rec. p. 82 : risque de confier la gestion financière du "fonds de réserve pour les retraites" à des filiales de la Caisse des dépôts et consignations, qui en assure la gestion administrative, créant ainsi un conflit d'intérêts ; n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, cons. 2 à 7, Rec. p. 145 : réservation au profit des entreprises coopératives du quart des lots des marchés publics).

b) Les mêmes griefs étaient repris de façon spécifique à l'encontre de la deuxième phrase de l'avant-dernier alinéa du I de l'article 3. Celle-ci dispose : "Si le marché est alloué, les offres portant simultanément sur plusieurs lots peuvent faire l'objet d'un jugement global". Pour les requérants, seul l'examen individuel des lots était de nature à garantir le respect de l'égalité d'accès à la commande publique, "déclinaison" du principe d'égalité en matière de marchés publics.

Les finalités du "jugement global" des lots présentés par un même offreur sont les mêmes que celles des autres dispositions du I de l'article 3 : recherche d'un prestataire unique proposant l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son coût économique global (investissement et fonctionnement), volonté de faciliter et d'accélérer la réalisation des constructions. La dérogation au principe du jugement "lot par lot" repose donc sur des critères objectifs et rationnels, en rapport direct avec le but d'intérêt général poursuivi. Elle ne conduit pas à méconnaître le principe d'égalité.

2) la saisine mettait également en cause le II de l'article 3.

Ce paragraphe vise à permettre le préfinancement, par des opérateurs privés, des bâtiments construits pour les besoins de la justice, de la police nationale ou de la gendarmerie sur le domaine public de l'Etat.

A cet effet, il insère deux articles dans le code du domaine de l'Etat :

- le nouvel article L. 34-3-1 permet expressément à l'Etat de délivrer à un opérateur une autorisation d'occupation temporaire de son domaine public, en vue d'y construire des bâtiments pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie. Les bâtiments, sur lesquels l'occupant temporaire du domaine dispose de droits réels en vertu de l'article L. 34-1 du code du domaine de l'Etat (issu de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994), seront pris à bail par l'Etat. La nouveauté tient à ce que le bail puisse comporter une option d'achat et prendre en compte l'amortissement financier dans la détermination du loyer.

- Le nouvel article L. 34-7-1 permet, par dérogation aux dispositions de l'article L. 34-7 (qui prohibent le recours au crédit-bail lorsque l'ouvrage réalisé par l'occupant est affecté à un service public), de financer les constructions mentionnées au nouvel article L. 34-3-1 par la conclusion d'un contrat de crédit-bail.

Les requérants articulaient deux griefs à l'encontre de ces dispositions.

a) Ils estimaient en premier lieu qu'elles organisaient un détournement de procédure au regard des dispositions du code des marchés publics et de la loi du 12 juillet 1985 sur la maîtrise d'ouvrage public et feraient dès lors échapper la désignation de l'opérateur aux procédures de publicité et de mise en concurrence garantissant le respect du principe d'égalité et de l'article 14 de la Déclaration de 1789.

Le moyen était inopérant à un plus d'un titre :

- Tout d'abord, en matière de concessions domaniales, la mise en concurrence des candidats à l'occupation du domaine public n'est pas de règle et ne résulte d'aucune exigence constitutionnelle.

- Il en même du choix par l'Etat de son bailleur.

- Qui plus est, ni la loi déferée, ni ses travaux préparatoires (au contraire) n'excluent la mise en concurrence.

Une telle précision relève en effet du domaine réglementaire et il appartient de l'apporter au décret en Conseil d'Etat prévu au deuxième alinéa du nouvel article L. 34-3-1 du code du domaine de l'Etat.

Le décret devra donc préciser ce point sous le contrôle de la juridiction administrative et eu égard à la destination des ouvrages et à l'implication de l'Etat dans leur création.

b) Le second moyen dirigé contre le II de l'article 3 mettait en cause la possibilité de recourir au crédit-bail pour financer la construction édifiée par l'opérateur sur le domaine public de l'Etat.

Les députés requérants invoquaient à ce sujet la décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994 (Rec. p. 96), rendue sur le texte qui allait devenir la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994, et, plus particulièrement, le treizième considérant de cette décision qui, au nombre des conditions assurant la compatibilité du texte avec les exigences constitutionnelles relatives aux services publics et à la propriété publique, retient le fait que le nouvel article L. 34-7 du code du domaine de l'Etat exclut la conclusion de contrats de crédit-bail par le titulaire du droit d'occupation, s'agissant de la réalisation d'ouvrages, constructions et installations affectés à un service public.

Toutefois, comme toujours lorsque le Conseil constitutionnel rejette un grief au vu d'un ensemble de précautions prises par le législateur, il est fort difficile de tirer du treizième considérant de la décision de 1994 un "a contrario" et de voir dans la prohibition du crédit-bail une condition nécessaire, dans tous les cas, à la constitutionnalité d'un dispositif tel que celui critiqué.

En l'espèce, on soulignera que le législateur ne remet en cause aucune des autres règles posées en 1994 en vue de protéger la propriété publique : durée limitée de l'occupation, en tout état de cause non supérieure à 70 ans (art. L. 34-1) ; impossibilité de renouveler le titre d'occupation (du fait de la censure prononcée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 21 juillet 1994) ; cession des droits réels sur les constructions, en cours d'occupation, soumise à l'agrément de l'autorité compétente (art. L. 34-2) ; intégration dans le patrimoine de l'Etat à titre gratuit, au terme de l'occupation, des ouvrages qui, à cette date, ne seraient pas encore sa propriété (art. L. 34-3).

A ces règles protectrices générales, auxquelles elle ne déroge pas, la disposition contestée en ajoute une autre propre à l'espèce : inclusion dans le contrat de crédit-bail de clauses permettant de préserver les exigences du service public.

En imposant cette règle, le législateur a voulu que le contrat de crédit-bail comporte des clauses faisant échec à ce que la gestion des constructions par le "crédit-bailleur" compromette le bon fonctionnement du service public dont cette construction est le siège, ou en fasse perdre à l'Etat la maîtrise.

Dans ces conditions, l'ensemble du dispositif apporte, pour assurer le respect des exigences constitutionnelles liées aux services publics et à la propriété publique, des garanties suffisantes.

3) Etait enfin contesté le 2° du III de l'article 3, qui, jusqu'au 31 décembre 2007, permet aux collectivités territoriales et aux établissements publics de coopération intercommunale de "construire, y compris sur les dépendances de leur domaine public, acquérir ou rénover des bâtiments destinés à être mis à la disposition de l'Etat pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales".

Invoquant la jurisprudence issue des décisions n° 84- 185 DC du 18 janvier 1985 (cons. 17 et 18, Rec. p. 36) et n° 93-329 DC du 13 janvier 1994 (cons. 27, Rec. p. 9), la saisine estimait de telles conventions contraires aux principe d'égalité, dans la mesure où leur passation ferait dépendre des décisions des collectivités territoriales, et donc varier sur l'ensemble du territoire national, les conditions essentielles d'exercice des libertés fondamentales, de sauvegarde de l'ordre public et de fonctionnement des services publics.

Les requérants se méprenaient, ce faisant, sur la portée des dispositions contestées. Ces dernières n'ont d'autre objet et d'autre effet que de permettre aux collectivités territoriales qui le souhaitent, par dérogation aux dispositions de l'article 2 de la loi de 1985 sur la maîtrise d'ouvrage publique (selon lesquelles "le maître de l'ouvrage est la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit"), de construire des bâtiments destinés à être mis à la disposition de l'Etat à leur achèvement.

Nous sommes loin ici des hypothèses dans lesquelles la libre administration des collectivités territoriales affecterait les "conditions essentielles d'exercice des libertés publiques" (n° 2001-454 DC du 17 janvier 2002, loi relative à la Corse).

On ne voit pas en effet en quoi les conditions essentielles d'exercice des libertés publiques (même si la sauvegarde de l'ordre public ne leur est évidemment pas indifférente) seraient affectées par le mode de financement choisi pour la construction des équipements utilisés par la justice, la police et la gendarmerie.

III) L'article 7

Le Conseil s'est saisi d'office de l'article 7, qui posait un problème délicat de compétence du législateur ordinaire.

Aux termes des deux premiers alinéas de l'article 7 de la loi déferée : "Dans le cadre de la présentation du projet de loi de finances initiale et jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 51 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, le Gouvernement présentera au Parlement les objectifs de performances assignés à la police nationale et à la gendarmerie nationale. Les résultats obtenus au regard des ces objectifs seront évalués chaque année par une instance extérieure aux services concernés et feront l'objet, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 54 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 précitée, d'une communication au Parlement à l'occasion de la présentation du projet de loi de règlement".

Or, en vertu du premier alinéa de l'article 47 de la Constitution : "Le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique". Cette disposition confie à la loi organique le soin de fixer les règles de présentation et de discussion des lois de finances.

Il est vrai que, dans le passé, le législateur ordinaire (non financier) a souvent prévu l'annexion de nouveaux documents au projet de loi de finances, alors même qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, les "dispositions législatives destinées à organiser le contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques" relèvent du domaine exclusif des lois de finances (n° 91-298 DC du 24 juillet 1991, cons. 13, Rec. p. 82).

Déjà critiquable sous l'empire de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 (n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, cons. 46 et 47, Rec. p. 11), le procédé devient particulièrement regrettable à la veille de l'entrée en vigueur de la loi organique du 1^{er} août 2001 sur les lois de finances.

S'agissant des objectifs de performance assignés à la police nationale et à la gendarmerie nationale, le premier alinéa de l'article 7 ferait application, dès la loi de finances initiale pour 2003, d'une règle de présentation des lois de finances initiales prévue à compter de la loi de

finances pour 2006, pour l'ensemble des ministères, par le a du 5° de l'article 51 de la loi organique du 1^{er} août 2001.

De même, s'agissant des résultats obtenus au regard des ces objectifs, le deuxième alinéa de l'article 7 ferait application, dès la loi de règlement pour 2003, d'une règle de présentation des lois de règlement prévue à compter de la loi de règlement pour 2006, pour l'ensemble des ministères, par le 4° de l'article 54 de la loi organique du 1^{er} août 2001.

De telles dispositions n'ayant pas leur place dans une loi ordinaire, il y avait lieu de les déclarer d'office contraires à la Constitution.