

Commentaire de la décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004

Loi de simplification du droit

La « loi de simplification du droit » a été adoptée définitivement le 18 novembre 2004 par le Parlement.

Elle comprend nombre d'articles d'habilitation (en matière de simplification et de codification), des dispositions autonomes de simplification, ainsi qu'un grand nombre de ratifications d'ordonnances.

Quatre jours plus tard, le Conseil constitutionnel a été saisi à son encontre de deux recours rédigés dans les mêmes termes, émanant de plus de soixante députés et de plus de soixante sénateurs de l'opposition.

La prise de conscience de ce que l'origine de la complexité administrative réside pour une part déterminante dans la loi a conduit les pouvoirs publics à s'atteler à un vaste chantier rédactionnel.

Ainsi qu'il l'avait fait en 1999 pour la codification « à droit constant », puis en 2003 pour un premier train de mesures de simplification du droit (loi n° 2003- 591 du 2 juillet 2003), le législateur de 2004 confie au pouvoir exécutif le soin de prendre des ordonnances destinées, pour toute une série de législations, à réécrire, simplifier, alléger, harmoniser le fond du droit.

La simplification du droit va au-delà de la « codification à droit constant », mais n'affecte pas plus que cette dernière l'ossature des législations en cause.

Elle sert, comme la codification, l'objectif « *d'intelligibilité et d'accessibilité du droit* », auquel le Conseil constitutionnel a conféré valeur constitutionnelle en le rattachant aux articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 (n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136, cons. 13).

Déjà, en 1999, le Conseil constitutionnel avait admis le recours à l'article 38 de la Constitution afin de surmonter (pour reprendre les termes de la décision n° 99-421 DC) « *l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire* ».

Par sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 (Rec. p. 382, cons. 5), le Conseil a transposé cette appréciation aux mesures de simplification du droit.

Ce faisant, il doit être bien clair qu'en 1999, en 2003, comme à nouveau en 2004, le Conseil constitutionnel rend hommage non pas aux ordonnances (dont les inconvénients ont été justement dénoncés par l'opposition, sous deux législatures successives), mais à la simplification et à la codification du droit, figurant au programme du Gouvernement, et dont

les ordonnances sont, faute de mieux, le véhicule, en raison de l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement.

Le Parlement ne sera pas pour autant dépossédé de son droit de regard : d'une part, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il détermine, en votant l'habilitation, le domaine et les finalités des ordonnances ; d'autre part, le Parlement sera amené à ratifier les ordonnances et, à cette occasion, à les modifier si bon lui semble (ce qui est le cas, en l'espèce, de 34 ordonnances prises en vertu d'habilitations précédentes, que ratifie l'article 78 de la loi critiquée).

Rappelons qu'aux termes de l'article 38 de la Constitution :

« Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. »

Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation.

A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

L'article 38 de la Constitution doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances et leur domaine d'intervention (n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, Rec. p. 31, cons. 3 ; n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, Rec. p. 61, cons. 13 ; n° 86-208 DC des 1^{er} et 2 juillet 1986, Rec. p. 78, cons. 18 et 27).

Le Gouvernement n'est cependant pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra (n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136, cons. 12) et il ne lui est pas interdit de faire dépendre cette teneur des résultats de travaux et d'études dont il ne connaîtra que plus tard les conclusions (n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, Rec. p. 61, cons. 21).

Il est loisible au Parlement, soit à l'occasion du vote de la loi de ratification, soit, de sa propre initiative, après l'expiration du délai imparti au Gouvernement en vertu du premier alinéa de l'article 38, d'amender le contenu des ordonnances.

Comme la précédente loi « *habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* », la « *loi de simplification du droit* » adoptée le 18 novembre 2004 se présente non comme un dispositif d'habilitation unique, mais comme un ensemble de mesures d'habilitation ponctuelles qui, si elles poursuivent la même finalité générale (simplifier le droit), intéressent les domaines les plus variés, se rattachent à des finalités particulières fort différentes et font au demeurant l'objet d'un nombre élevé d'articles répondant à des « commandes » plus ou moins détaillées du législateur.

I) Les griefs mettant en cause les articles d'habilitation dans leur ensemble

A l'encontre de la nouvelle loi de simplification, les deux recours dont a été saisi le Conseil constitutionnel le 22 novembre 2004 articulaient en premier lieu des griefs généraux tendant à

démontrer le caractère pernicieux (du point de vue des prérogatives parlementaires et de la bonne législation) du recours aux ordonnances dans un si grand nombre de matières.

Souvent percutante en opportunité, cette argumentation se heurtait, en droit, aux considérations déjà développées par le Conseil constitutionnel dans le précédent du 26 juin 2003 :

a) En premier lieu, si l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances, ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement, comme on l'a dit ci-dessus, de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation (sinon, quel serait l'intérêt de recourir aux ordonnances ?).

En l'espèce, tant le domaine d'intervention que les finalités des mesures envisagées sont définis avec une précision suffisante par leurs termes mêmes comme par leur exposé des motifs et par la teneur des travaux parlementaires.

b) En deuxième lieu, l'article 38 de la Constitution n'excepte de la délégation que les domaines que la Constitution réserve aux lois organiques, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale (n° 81-134 DC du 5 janvier 1982, Rec. p. 15, cons. 3; n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136, cons. 15).

Toutes les autres matières législatives peuvent faire l'objet d'une habilitation, quelle que soit leur importance et quelle que soit l'éminence des principes en cause.

On relèvera à cet égard que la Vème République a connu des lois d'habilitation consentant des délégations autrement plus larges et moins encadrées que celles ici en discussion, notamment en matière sociale (par exemple la loi n° 67-482 du 22 juin 1967 ou la loi n° 82-3 du 6 janvier 1982 déclarée conforme par la décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982).

c) En troisième lieu, les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle.

Il ne peut être fait grief au législateur de ne pas prévoir tous les garde-fous contre une utilisation inconstitutionnelle de l'habilitation, dès lors, comme en l'espèce, que les articles d'habilitation ne sont ni par eux-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à ces règles ou à ces principes.

II) Les « partenariats public privé »

C'est le principe même des PPP que contestaient à nouveau les saisines s'agissant de la ratification de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les « contrats de partenariat ».

L'objet principal des recours portait en effet sur l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, prise en application de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 et ratifiée, moyennant quelques modifications de forme, par l'article 78 de la loi déferée (§ XXII).

L'originalité des recours était double.

En premier lieu, leurs auteurs invitaient le Conseil constitutionnel à se comporter en quelque sorte en instance d'appel du Conseil d'Etat et à juger que c'était à tort que celui-ci, par sa décision du 29 octobre 2004 (Sueur et autres) rejetant des requêtes dirigées contre l'ordonnance « PPP » :

- avait estimé implicitement ratifiés plusieurs articles de cette ordonnance ;
- et écarté les moyens visant les autres articles.

La seconde singularité de l'affaire était que :

- le grief central des recours dénonçait l'inobservation par l'ordonnance de la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel sur l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 (relatif aux « partenariats public privé ») dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin précédent,
- alors pourtant que, par l'arrêt indirectement contesté, comme précédemment lors de l'examen du projet d'ordonnance dans ses formations consultatives, le Conseil d'Etat avait vérifié avec un soin scrupuleux qu'étaient tirées toutes les conséquences de cette réserve (dûment visée et citée par l'arrêt).

Cette réserve était la suivante :

- Aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; 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 ; enfin, le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel,
- Toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ;
- Dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 devront réserver de semblables dérogations 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 la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé).

Dans un tel contexte, et compte tenu du caractère fort convainquant de la motivation de la décision « Sueur et autres », éclairée par les conclusions circonstanciées du Commissaire du Gouvernement Didier Casas, le Conseil constitutionnel avait tout lieu de s'approprier, avec les adaptations nécessaires, le raisonnement du Conseil d'Etat.

La sécurité juridique, comme l'heureux dénouement, en l'espèce, du « dialogue des juges », militaient au surplus pour que l'ultime décision rendue dans cette affaire assure la convergence la plus étroite possible des solutions dégagées par les deux ailes du Palais Royal.

A) Sur la ratification implicite antérieure de plusieurs articles de l'ordonnance

Ni l'article 38 de la Constitution, ni aucune autre de ses dispositions ne fait obstacle à ce que le Parlement donne force législative à une ordonnance selon d'autres modalités que celle de l'adoption d'un projet de loi de ratification.

Conformément à une jurisprudence constante et ancienne du Conseil constitutionnel, cette intervention peut résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement (n° 72-73 L, 29 février 1972, Rec. p. 31, cons. 3).

La jurisprudence du Conseil d'Etat est dans le même sens (CE, 10 juillet 1972, Compagnie Air Inter, Leb. p. 537).

Il n'est donc pas exclu que la modification par le Parlement des dispositions d'une ordonnance puisse résulter d'une loi qui, sans avoir la ratification pour objet direct, l'implique nécessairement.

Saisi d'une loi de cette nature, le Conseil constitutionnel pourra dire si la loi comporte ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution (n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, Rec. p. 8, cons. 24).

Bien sûr, tant par respect pour les droits du Parlement que pour des raisons de sécurité juridique, l'examen effectif des lois de ratification a tout intérêt à se faire de façon expresse et dans des délais raisonnables.

En l'espèce, il n'est pas douteux qu'en adoptant l'article 153 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, le Parlement a implicitement mais nécessairement ratifié les articles 3, 4, 6, 7, 9, 21, 22, 26, 27 et 28 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Cet article 153 de la loi du 9 août 2004 se réfère en effet expressément aux articles de l'ordonnance qui viennent d'être énumérés ou aux dispositions que ces articles introduisent dans le code général des collectivités territoriales (CGCT).

Sans doute la loi déferée les ratifie-t-elle à nouveau expressément en ratifiant globalement l'ordonnance.

Mais, en tant qu'elle porte sur les articles déjà ratifiés par une loi promulguée (politique de santé publique), la loi déferée ne modifie pas le domaine d'application de ces dispositions.

Dès lors, le Conseil constitutionnel ne se trouve pas dans l'hypothèse exceptionnelle où, en vertu de sa jurisprudence dite « *état d'urgence en Nouvelle-calédonie* », il peut connaître de la constitutionnalité de dispositions promulguées au travers de dispositions qui en affectent le domaine.

Rappelons en effet que « *la conformité à la Constitution des termes d'une loi promulguée ne peut être utilement contestée qu'à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* » (n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Rec. p. 43, cons. 10 ; n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, Rec. p. 583, cons. 41).

Il en résultait, comme l'avait d'ailleurs jugé le Conseil d'Etat dans son arrêt « *Sueur et autres* », que les requérants ne pouvaient utilement contester les articles ratifiés par la loi du 9 août 2004 (et notamment pas ses articles 26 et 28, explicitement mis en cause devant le Conseil constitutionnel).

Restait à répondre sur le fond aux griefs dirigés contre les dispositions non déjà ratifiées de l'ordonnance.

B) Sur les autres dispositions de l'ordonnance

Etait critiqués, pour l'essentiel, ses articles 2 et 8, ainsi que ses dispositions permettant d'insérer des « clauses compromissaires » dans les contrats de partenariat.

Les griefs déjà soulevés devant le Conseil d'Etat appelaient, à peu de choses près, des réponses identiques.

1) **Sur l'article 2 de l'ordonnance**

Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance, applicable aux contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics :

« 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 est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret ».

L'article 14 de la même ordonnance crée dans le code général des collectivités territoriales un article L. 1414-2 comportant, en ce qui concerne ces collectivités et leurs établissements publics, des dispositions similaires, à l'exception du dernier alinéa, ainsi rédigé :

« 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 ».

Les requérants voyaient dans cette procédure une garantie illusoire (car purement formelle) du respect des conditions de fond auxquelles l'article 6 de la loi de 2003, interprété par le Conseil constitutionnel, soumet la conclusion des contrats de partenariat.

Il résulte toutefois de ces dispositions que la légalité de la décision d'engager la procédure de passation d'un contrat de partenariat est soumise :

- non seulement à la réalisation, dans les formes prescrites, d'une évaluation préalable tendant à vérifier que sont remplies les conditions (urgence ou complexité) auxquelles la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel a subordonné la passation des PPP,
- mais aussi (et c'est là que se trouve la garantie substantielle qui, selon les saisissants, ferait défaut) au contrôle du juge sur le respect de ces conditions.

Celui-ci pourra notamment être saisi au stade pré-contractuel, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Il sera à même de s'assurer que le projet envisagé correspond effectivement à l'une des situations visées au a) de l'article 2 de l'ordonnance ou de l'article L. 1414-2 du CGCT.

Dès lors, manquait en fait le moyen tiré de ce que les dispositions précitées ne subordonneraient la passation d'un contrat de partenariat qu'à la condition, purement formelle, qu'ait été préalablement réalisée une évaluation.

Enfin, selon les saisines, les dispositions précitées de l'ordonnance étendaient la possibilité de passer un contrat de partenariat au-delà des prévisions des dispositions de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, telles qu'interprétées par la décision du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel.

Rappelons que celle-ci juge que les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 devront réserver les dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique 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 la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* ».

Il ressort des termes mêmes de cette décision (dont la rédaction est d'ailleurs exemplative et non limitative) que, 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, 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.

Il en va de même de la complexité du projet, lorsqu'elle est telle, comme l'exprime l'ordonnance, que « *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* ».

Les parlementaires requérants n'étaient donc pas fondés à soutenir que l'article 2 de l'ordonnance et l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales (dans sa rédaction issue de l'article 14 de cette ordonnance) méconnaissaient la lecture faite de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 par le Conseil constitutionnel, avec l'autorité qui s'attache à ses réserves d'interprétation en vertu de l'article 62 de la Constitution.

Un grief (non soulevé devant le Conseil d'Etat) était tiré de ce que, dans le cas des contrats de partenariat conclus par les collectivités territoriales, l'évaluation ne serait pas confiée à un organisme habilité par décret à y procéder.

Mais, comme il a été dit, l'intervention d'un organisme créé par décret ne constitue pas la garantie essentielle du respect des conditions de fond mises à la passation de tels contrats

Sans doute par égard pour la libre administration des collectivités territoriales, le législateur a estimé que cette formalité n'était pas appropriée à ces collectivités.

Il s'agit là d'une manifestation du pouvoir d'appréciation du législateur que le Conseil constitutionnel n'a pas vocation à remettre en cause, dès lors que la garantie légale de l'exigence constitutionnelle énoncée par sa réserve d'interprétation de 2003 se trouve ailleurs (c'est-à-dire dans un contrôle juridictionnel efficace)

2) Sur l'article 8 de l'ordonnance

Selon les requérants, cet article rompait l'égalité d'accès à la commande publique dans le cadre des contrats de partenariat en pénalisant les petites et moyennes entreprises ainsi que les architectes.

Cette argumentation, qui visait l'objet même des « PPP », avait été déjà en grande partie rejetée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 26 juin 2003.

En ne censurant pas l'article 6 de la loi du 2 juillet 2004 dans son principe, le Conseil constitutionnel avait admis la constitutionnalité de cette situation et s'était satisfait des tempéraments qu'apporteraient les auteurs de l'ordonnance aux inconvénients intrinsèques de la formule du point de vue de l'égalité.

Ainsi, l'article 8 de l'ordonnance impose de faire figurer, parmi les critères d'attribution d'un contrat de partenariat, « *la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans* ».

Peut-il être reproché à l'ordonnance de n'envisager l'accès des petites et moyennes entreprises aux contrats de partenariat que de manière indirecte, par le biais de marchés passés avec les titulaires de tels contrats, et de ne pas comporter de mesures tendant à leur permettre d'accéder elles-mêmes à la titularité de ces contrats ?

Non, car l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, qui ne pouvait être interprété comme imposant aux auteurs de l'ordonnance de réserver en toute hypothèse une part des prestations faisant l'objet des contrats de partenariat à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans, n'a pas été jugé inconstitutionnel dans son principe le 26 juin 2003.

La caractéristique des PPP est précisément de permettre la prise en charge globale, par une même personne privée, des diverses phases d'un projet d'infrastructure ou de services, ce qui comprendra souvent la conception, la construction, le financement, l'entretien, la maintenance et l'exploitation.

C'est cette « *unité de pensée et de réalisation dans la conception, la construction et l'exploitation des équipements publics* » [Marc Fornacciari, « Une nouvelle forme de partenariat public privé : les contrats de partenariat », Lettre d'actualité de droit général des affaires, Cabinet Jeantet et associés - octobre 2004] qui, lorsque sont réunies les conditions de faire appel au contrat de partenariat (complexité intrinsèque de l'opération, urgence de sa réalisation au regard des besoins collectifs), est un « *très important facteur de réduction des délais et des coûts* » [Même auteur. Voir aussi le dossier consacré aux PPP par la Semaine juridique JCP (n° 48, 24 novembre 2004)] d'une réalisation publique.

En ne jugeant pas l'habilitation de 2003 contraire, par son objet, à la Constitution, le Conseil constitutionnel a par avance admis que les entreprises autres que le partenaire principal de l'administration dans un PPP soient placées en position seconde par rapport à ce dernier.

En tout état de cause, aucune disposition de l'ordonnance ne fait obstacle à ce qu'une petite ou moyenne entreprise se porte candidate, notamment dans le cadre d'un groupement d'entreprises, à l'attribution d'un contrat de partenariat.

En second lieu, il ressort des termes mêmes de l'ordonnance que, si la personne publique peut confier tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire du contrat de partenariat, elle n'est pas tenue de le faire.

Lorsqu'elle ne confie au titulaire qu'une partie de la conception, il lui est possible, par dérogation à la définition de la mission de base figurant au quatrième alinéa de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée, de faire appel à une équipe de maîtrise d'oeuvre pour la partie de la conception qu'elle assume.

Même lorsque la personne publique confie toute la conception des ouvrages à son cocontractant, l'article 12 de l'ordonnance, dont les dispositions sont reprises à l'article L. 1414-13 du CGCT dans sa rédaction issue de la même ordonnance, impose :

- d'une part, que les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural et que figure, au nombre des critères d'attribution du contrat, la qualité globale des ouvrages,
- d'autre part, que, parmi les conditions d'exécution du contrat, figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'oeuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation.

Comme l'a jugé le Conseil d'Etat le 29 octobre 2004, ces dispositions contribuent :

- à préserver la spécificité de la fonction de maîtrise d'oeuvre
- et à garantir la qualité architecturale des ouvrages réalisés dans le cadre des contrats de partenariat, conformément aux objectifs de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

3) Sur les clauses compromissaires

Il était fait grief à l'ordonnance de prévoir des clauses compromissaires dans les contrats de PPP.

Les requérants invitaient ainsi le Conseil constitutionnel à conférer un rang constitutionnel au principe général du droit administratif, rappelé par un avis du Conseil d'Etat du 6 mars 1986 (EDCE 1987, p. 178), en vertu duquel les personnes morales de droit public ne peuvent se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne.

Toutefois, ainsi que l'a considéré le Conseil d'Etat dans son avis précité, et à nouveau dans sa décision du 29 octobre 2004, ce principe général du droit, comme beaucoup d'autres, n'a pas valeur supra-législative.

Il peut y être dérogé par une loi, comme cela a été le cas pour le projet Eurodisneyland (art. 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales).

L'article L. 311-6 du code de la justice administrative énumère à cet égard une dizaine de dérogations législatives (la plus ancienne étant l'article 69 d'une loi du 17 avril 1906) en vertu desquelles il est possible aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage.

Si de telles dérogations diffèrent (et s'efforcent de prévenir) les recours juridictionnels, elles n'interdisent pas pour autant de saisir les juridictions compétentes, après le prononcé de l'arbitrage, par la voie de l'appel et de la cassation. Elles ne portent donc atteinte ni au droit au recours, ni au principe selon lequel une collectivité publique ne peut être condamnée à payer

plus qu'elle ne doit, ni à l'article 15 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel « *La société a droit de demander compte à tout agent public de son administration* ».

Par ailleurs, en habilitant le Gouvernement à définir le régime juridique des PPP, contrats par nature complexes, le législateur l'a implicitement habilité à prévoir l'éventualité de l'insertion de clauses compromissaires : l'ordonnance n'a donc pas excédé les limites de l'habilitation sur ce point.

En tout état de cause, la ratification aurait, à cet égard, valeur de régularisation.

En effet, si le Conseil d'Etat doit censurer les dispositions d'une ordonnance qui interviennent dans une matière législative en dehors de l'habilitation (comme il le ferait pour un texte réglementaire empiétant sur le domaine réservé à la loi par l'article 34 de la Constitution), le Conseil constitutionnel se trouve, quant à lui, du fait de la ratification, devant des dispositions d'égale valeur législative, qu'elles trouvent leur origine dans des articles de l'ordonnance respectant l'habilitation ou dans des articles l'outrepassant.

Plus généralement, sont inopérants devant le Conseil constitutionnel, dans le cadre de la contestation d'un article de ratification, tous les griefs tirés de ce que les auteurs de l'ordonnance seraient allés au-delà de l'habilitation.