

### Commentaire de la décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008

#### Loi relative aux contrats de partenariat

La loi relative aux contrats de partenariat a été présentée en conseil des ministres le 8 février 2008. Examinée par le Sénat en première lecture les 1<sup>er</sup> et 2 avril, puis par l'Assemblée nationale les 25 et 26 juin, elle a été adoptée sans modification par le Sénat, le 9 juillet 2008, en deuxième lecture.

La loi a été déférée au Conseil constitutionnel le 15 juillet 2008 par plus de 60 députés et 60 sénateurs. Les griefs énoncés dans la saisine de ces derniers étaient concentrés sur les articles 2 et 19 de la loi, tandis que les députés contestaient en outre les articles 8, 10, 14, 18, 26, 28, 33, et 45.

Le chapitre premier de la loi déférée modifie l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats (applicable à l'Etat et à ses établissements publics) et son chapitre 2 (pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux) la partie correspondante du code général des collectivités territoriales (chapitre IV du titre premier du livre IV de la première partie) consacrée à ces mêmes contrats. Certains griefs portaient donc, concomitamment, sur l'ordonnance et le code général des collectivités territoriales.

Par sa décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution plusieurs parties des articles 2, 18 et 19 de la loi. Il a en outre soulevé d'office et déclaré contraires à la Constitution deux alinéas de l'article 16 de la loi.

La décision rendue par le Conseil constitutionnel doit, pour être comprise, être replacée dans le contexte des six dernières années.

C'est en effet au cours de l'été 2002 que le Conseil constitutionnel a dû examiner les lois d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure et pour la justice tendant à faciliter et à accélérer la réalisation d'opérations immobilières destinées à répondre aux besoins de la police nationale, de la gendarmerie et de la justice. Il a jugé que ces lois, qui dérogeaient aux règles de droit commun de la commande publique sans pour autant instituer des contrats de partenariat, ne portaient pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité devant la commande publique. Elles ont été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel qui a pris en compte 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 à ces besoins.

Le 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a eu à examiner les dispositions habilitant le Gouvernement à instituer des « contrats de partenariat » portant sur « *la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison des ces différentes missions* ». Dans sa décision, il a exigé que les dérogations prévues par les ordonnances soient justifiées par

« 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 ».

Suite a cette décision, a été adoptée l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, qui a été validée par la décision du Conseil d'Etat du 29 octobre 2004, Sueur et autres, en partie sur le fondement de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003.

La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit a ratifié cette ordonnance après avoir été reconnue, sur ce point, conforme à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel du 2 décembre 2004.

Ces décisions des 26 juin 2003 et 2 décembre 2004 étaient très présentes dans les saisines des députés et sénateurs.

## **I - Les articles 2 et 19**

Les articles 2 et 19 de la loi relative aux contrats de partenariat modifient l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004, relatif aux contrats de partenariat passés par l'État et ses établissements publics, et l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, relatif à ceux passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Ces articles modifiés sont divisés en quatre parties : la première (I) soumet la passation de ces contrats à une évaluation préalable ; la deuxième (II) détermine les conditions permettant de les conclure ; la troisième (III) désigne les projets publics qui peuvent bénéficier de tels contrats en vertu d'une présomption d'urgence ; la quatrième (IV) fait bénéficier de cette présomption tous les projets de contrats mentionnés au III dont l'avis d'appel public à la concurrence est antérieur au 31 décembre 2012.

1. En ce qui concerne l'évaluation préalable, les députés requérants présentaient deux griefs contre la disposition prévoyant que : « Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte ».

En premier lieu, ils soutenaient que le caractère succinct de cette évaluation était contraire à la décision du Conseil constitutionnel du 2 décembre 2004, faisant de cette évaluation préalable un moyen de vérifier que sont respectées les conditions qui permettent de conclure un contrat de partenariat.

Ce grief manquait en fait.

Certes, par le considérant 19 de sa décision du 2 décembre 2004, le Conseil constitutionnel avait bien assigné un tel but à l'évaluation préalable : « *Considérant que sont dès lors conformes aux exigences formulées par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée les conditions auxquelles les dispositions dont la ratification est contestée subordonnent la passation des contrats de partenariat ; que l'évaluation préalable que ces dispositions prévoient a pour but de vérifier que ces conditions sont satisfaites* ».

Mais la loi ne remet pas en cause ce but. En effet, elle n'autorise pas le recours à une évaluation succincte en cas de « *complexité du projet* » (1° du II), en cas « *d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général* » (2° du II), ou en cas de « *bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique* » (3° du II). Elle ne l'admet qu'en cas « *d'urgence lorsqu'il s'agit... de faire face à une situation imprévisible* ». Ce caractère d'imprévisibilité, au sens où l'entend la jurisprudence sur les cas de force majeure, n'a pas besoin, s'il existe (tremblement de terre, incendie...), de faire l'objet d'une évaluation très détaillée pour être établie.

Il est même possible d'ajouter qu'elle améliore ce but puisque, dans sa rédaction antérieure à la loi déferée, elle permettait un exposé succinct de l'évaluation préalable pour tous les cas d'urgence et pas seulement ceux résultant d'une situation imprévisible.

Le Conseil constitutionnel a donc rejeté ce grief sans avoir à se prononcer sur le point de savoir si sa décision du 2 décembre 2004 était, en l'espèce, revêtue de l'autorité que confère à ses décisions l'article 62 de la Constitution, d'où l'utilisation de l'expression : « en tout état de cause ».

En second lieu, les députés estimaient que le I de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales qui précise que « *cette évaluation est menée selon une méthodologie définie par le ministre chargé de l'économie* » était contraire au principe de libre administration des collectivités territoriales.

Le Conseil constitutionnel n'a vu dans cette « méthodologie » qu'une aide à la décision apportée aux collectivités territoriales, ne mettant pas en cause les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, relevant de la loi en vertu des articles 34 et 72 de la Constitution. Le pouvoir réglementaire était donc compétent pour l'édicter.

Il a cependant abordé d'office la question de savoir si la loi pouvait attribuer un tel pouvoir au ministre chargé de l'économie alors que l'article 21 de la Constitution confère le pouvoir réglementaire au Premier ministre. Il a rappelé sa jurisprudence bien établie, selon laquelle le législateur peut confier à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi qu'à la condition, qui était remplie en l'espèce, que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu (n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 9 et 10 ; n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, cons. 35 à 38).

2. Les griefs dirigés par les députés et les sénateurs contre les conditions permettant de recourir à un contrat de partenariat étaient plus sérieux.

Ces conditions sont fixées par le II de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et le II de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, aux termes desquels ces contrats « *ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère :*

*« 1° 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 répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet ;  
« 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, ou de faire face à une situation imprévisible ;  
« 3° Ou bien encore que, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage ».*

Aucun grief n'était dirigé contre le 1°, fondé sur la complexité du projet, qui constitue le motif primordial, voire naturel, de recourir aux contrats de partenariat.

Le 2° était critiqué par les députés requérants qui soutenaient qu'en se bornant à retenir *« un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public »*, ce 2° autorisait le recours aux contrats de partenariat en cas d'urgence en méconnaissance de la décision du Conseil constitutionnel du 2 décembre 2004 qui exige un *« retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs »*.

Le Conseil constitutionnel a rappelé, en adaptant la rédaction de sa décision à la nouvelle définition des contrats de partenariat, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit à une personne publique de confier à un tiers, pour une période déterminée, une mission globale ayant pour objet la conception, le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public. Il a maintenu son appréciation selon laquelle 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.

Ces exigences sont en partie rappelées par l'article 1<sup>er</sup> du nouveau code des marchés publics : *« Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public... pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. - Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ».*

Le Conseil constitutionnel a ensuite constaté que constituait toujours un motif permettant de déroger au droit commun de la commande publique sans porter atteinte à ces exigences l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans

un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public. Il n'y a pas eu de méconnaissance de sa décision du 2 décembre 2004.

Ensuite, selon les mêmes requérants, le 3°, qui ouvre une troisième voie d'accès à de tels contrats, aurait méconnu la réserve d'interprétation par laquelle le Conseil Constitutionnel a limité, dans sa décision susvisée du 26 juin 2003, le recours à de tels contrats « *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* ».

Le Conseil constitutionnel n'a pas interprété l'expression : « tels que » comme limitative. Il a cependant tenu à préciser que la présente loi avait réservé de semblables dérogations aux « seules » situations répondant aux motifs d'intérêt général les justifiant, à savoir la complexité du projet ou l'urgence ou, en l'absence de cette complexité ou de cette urgence, lorsque, compte tenu soit des caractéristiques de ce projet, soit des exigences du service public dont la personne est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le bilan du recours à un contrat de partenariat apparaît, à l'issue d'une analyse approfondie des avantages et des inconvénients, plus favorable que pour les autres contrats de la commande publique. Il a fondé la constitutionnalité de ce 3° par la recherche d'un bon emploi des deniers publics, exigence de valeur constitutionnelle qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789.

Enfin, selon les sénateurs requérants, l'impossibilité d'apprécier le bilan coûts-avantages au stade du référé pré-contractuel aurait porté atteinte au droit au recours constitutionnellement garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Le Conseil constitutionnel a rejeté ce grief. Il a estimé qu'aucune des dispositions contestées ne portait atteinte au contrôle du juge mais il a tenu à préciser qu'il reviendrait à ce juge, s'il est saisi par une personne intéressée, au besoin en référé, de vérifier, au vu de l'évaluation préalable, si les conditions permettant de recourir à un contrat de partenariat sont remplies.

3. Les députés et sénateurs requérants dirigeaient également un grief contre la présomption d'urgence.

Aux termes du III de l'article 2 de l'ordonnance, applicable à l'Etat et à ses établissements publics : « Jusqu'au 31 décembre 2012, sont réputés présenter le caractère d'urgence mentionné au 2° du II, sous réserve que les résultats de l'évaluation prévue au I ne soient pas défavorables, les projets répondant :

« 1° Aux besoins de l'enseignement supérieur et de la recherche, conduisant à l'amélioration de la qualité de la recherche et des conditions d'étude et de vie étudiante ;

« 2° Aux besoins de l'enseignement français à l'étranger et qui conduisent à répondre aux demandes de scolarisation des élèves français et étrangers ou à améliorer leurs conditions d'étude ;

« 3° Aux besoins précisés à l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure et à l'article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ;

« 4° Aux nécessités de la mise en place des nouvelles technologies répondant aux besoins de la police et de la gendarmerie nationales ;  
« 5° Aux nécessités de la réorganisation des implantations du ministère de la défense ;  
« 6° Aux opérations nécessaires aux besoins de la santé mentionnées à l'article L. 6148-2 du code de la santé publique ;  
« 7° Aux besoins relatifs aux infrastructures de transport, ainsi qu'à leurs ouvrages et équipements annexes, s'inscrivant dans un projet de développement durable, à la rénovation urbaine, à l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite, à l'amélioration de l'efficacité énergétique et à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics ».

Quant au III de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, il répute, dans les mêmes conditions, présenter le caractère d'urgence les projets répondant :

« 1° Aux nécessités de la réorganisation des implantations du ministère de la défense ;  
« 2° Aux besoins des infrastructures de transport, ainsi qu'à leurs ouvrages et équipements annexes, s'inscrivant dans un projet de développement durable, à la rénovation urbaine, à l'amélioration de l'accessibilité des personnes handicapées ou à mobilité réduite, à l'amélioration de l'efficacité énergétique et à la réduction des émissions de gaz à effet de serre des bâtiments publics ;  
« 3° Aux besoins de l'enseignement et qui conduisent à l'amélioration des conditions d'enseignement et d'accueil des élèves dans les collèges et lycées et des étudiants dans les universités ».

Tant les députés que les sénateurs requérants soutenaient que l'allongement des exceptions au droit de la commande publique aurait pour effet d'étendre l'application du contrat de partenariat à l'ensemble de la commande publique et de vider de sa substance la réserve d'interprétation inscrite dans la décision susvisée du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003.

Le Conseil constitutionnel leur a donné raison. Il a estimé qu'en présumant satisfaite la condition d'urgence sous la seule réserve que l'évaluation préalable ne soit pas défavorable, les dispositions contestées avaient pour effet de limiter la portée de l'évaluation préalable et d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence, avec pour conséquence 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.

Ont été, par suite déclarés contraires à la Constitution le III de l'article 2 de l'ordonnance du 17 juin 2004 susvisée et le III de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales et, parce qu'ils en étaient inséparables, le IV des mêmes articles rendant applicable la présomption d'urgence aux projets de contrats de partenariat mentionnés au III dont l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication avant le 31 décembre 2012.

## **II - Les articles 8 et 26**

Les articles 8 et 26 de la loi modifient, respectivement, les articles 8 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales, relatifs aux critères d'attribution d'un contrat de partenariat. Ils prévoient que la notion de petites et moyennes

entreprises (PME), pour lesquelles le candidat doit s'engager à confier une part d'exécution du contrat, sera désormais fixée par voie réglementaire. Jusqu'à présent cette définition figurait dans le texte même des articles législatifs modifiés ; elle était fondée sur des critères d'effectif (250 employés), de chiffre d'affaires (40 millions d'euros en moyenne sur trois ans) et de composition du capital social (pas plus de 33 % de détention par une entreprise n'ayant pas le caractère d'une PME).

Les députés considéraient que ce renvoi au règlement était entaché d'incompétence négative. Ils faisaient valoir, en outre, qu'il pourrait priver d'effet l'obligation d'attribuer aux PME une part de l'exécution du contrat et violerait par suite le principe de libre et égal accès à la commande publique.

1) Sur le terrain de l'incompétence négative le Conseil constitutionnel a relevé, en premier lieu, que la définition des PME ne conditionne pas, par elle-même et en l'espèce, l'attribution du contrat.

La part du contrat que le candidat envisage de confier aux PME n'est pas, en effet, une condition pour obtenir le contrat. Le législateur a prévu que le contrat serait attribué au candidat qui a présenté « *l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis* », en prenant en compte les conclusions de l'évaluation préalable. La part d'exécution des contrats que le candidat s'engage à confier à des PME n'est que l'un des critères d'attribution prévus à titre obligatoire par le législateur, après le coût global de l'offre et les objectifs de performance. D'autres critères, en rapport avec l'objet du contrat, peuvent par ailleurs être retenus.

En tout état de cause, la définition des PME repose, comme on l'a vu, sur des éléments quantitatifs. Elle est encadrée, dans un cas comme celui-ci, par le droit communautaire. Le Gouvernement précise, dans son mémoire, que : « *Le décret prévu par les dispositions de la loi déferée fera d'ailleurs en principe référence à cette définition (communautaire) que l'on trouve en particulier en annexe au règlement (CE) n° 70/2001 de la Commission, du 12 janvier 2001, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat en faveur des petites et moyennes entreprises (v. également la recommandation 2003/361/CE du 6 mai 2003 de la Commission)* ».

En outre, le Conseil a déjà jugé que ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'exige que les conditions de passation des marchés et contrats passés par l'Etat soient définies par la loi (décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, cons. 11). Le principe fondamental de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources, n'est pas davantage méconnu.

Il était donc loisible au législateur, sans se méprendre sur l'étendue de sa compétence, d'opérer ce renvoi au règlement.

2) Le grief tenant à l'atteinte portée au principe d'égalité dans l'accès à la commande publique n'a pas non plus été accueilli.

En effet, l'article 37 de la Constitution, selon lequel : « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* », n'a pas pour effet de dispenser le pouvoir réglementaire du respect des exigences constitutionnelles. On pourra se référer, pour un précédent, au considérant 24 de la décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006 (loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social).

Au demeurant, comme le Conseil l'avait relevé dans sa décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 (cons. 26), le législateur s'est au contraire efforcé de faire, dans le respect des exigences constitutionnelles (voir la décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001), une place aux PME dans le régime des PPP. De plus, et en tout état de cause, aucune disposition de l'ordonnance ne fait obstacle à ce qu'une PME se porte candidate, notamment dans le cadre d'un groupement d'entreprises, à l'attribution d'un contrat de partenariat (cons. 27).

Le Conseil constitutionnel a donc rejeté les griefs dirigés par les requérants à l'encontre des articles 8 et 26 de la loi déférée.

### **III - Les articles 10 et 28**

Les articles 10 et 28 de la loi modifient, respectivement, les articles 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004 et L. 1414-11 du code général des collectivités territoriales. Ils prévoient, en particulier, que : « *La communication à la personne publique d'une idée innovante, qui serait suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat, peut donner lieu au versement d'une prime forfaitaire* ».

Les députés faisaient valoir que les notions d'« idée innovante » et de « prime forfaitaire » n'étaient pas suffisamment encadrées. Selon eux ce manque de précision pouvait conduire les personnes publiques à procéder à des paiements sans contrepartie réelle et pour un montant



indéterminé. Il en résulterait une violation du « principe de bonne utilisation des deniers publics ». Le législateur aurait également méconnu l'étendue de sa compétence.

Mais les dispositions critiquées ne permettent le versement d'une prime à l'auteur d'une étude, d'une proposition ou d'une offre comportant une idée innovante que dans le seul cas où la personne publique lance ensuite, avec un tiers, une procédure de contrat de partenariat : leur champ d'application est donc très circonscrit. Le législateur a entendu ainsi encourager les entreprises à proposer des projets originaux aux personnes publiques. Il s'est borné à prévoir, à cet effet, le versement d'une prime forfaitaire et ses conditions d'octroi.

Les griefs ne pouvaient par suite qu'être rejetés.

#### **IV - Les articles 14 et 33**

L'article 13 de la loi insère un second alinéa au I de l'article 13 de l'ordonnance du 17 juin 2004 qui prévoit que dans le cadre d'un partenariat autorisant le partenaire privé à valoriser : *« La personne publique peut autoriser le titulaire à consentir des baux dans les conditions du droit privé, en particulier des baux à construction ou des baux emphytéotiques, pour les biens qui appartiennent au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée. L'accord de la personne publique doit être expressément formulé pour chacun des baux consentis au titulaire du contrat de partenariat. Avec l'accord de la personne publique, ces baux ou droits peuvent être consentis pour une durée excédant celle du contrat de partenariat »*.

L'article 33 de la loi insère une disposition rédigée dans les mêmes termes à l'article L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales, complété d'un alinéa supplémentaire qui prévoit que : *« Le contrat détermine dans quelles conditions les revenus issus de la valorisation du domaine privé par le titulaire viennent diminuer le montant de la rémunération versée par la personne publique »*.

Ces dispositions, qui figuraient dans le projet initial, ont été modifiées en première lecture par le Sénat qui a supprimé l'interdiction faite au partenaire privé de consentir des baux ou des droits réels pour une durée excédant la durée du partenariat.

C'est cette modification qui était contestée par les députés requérants qui voyaient là une atteinte portée à la propriété des personnes publiques et au bon usage des deniers publics. Ils soutenaient que la poursuite des baux au-delà de la durée du contrat de partenariat conduisait à une aliénation temporaire de la propriété publique, sans contrepartie.

Si le fait dénoncé s'était avéré, le grief eût soulevé une difficulté sérieuse : le principe d'égalité devant les charges publiques, garanti par les articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789, et la protection du droit de propriété des personnes publiques, protégée par ses articles 2 et 17, interdisent que des éléments du patrimoine de personnes publiques soient aliénés ou durablement grevés de droits au profit de personnes poursuivant des intérêts privés sans

contrepartie appropriée eu égard à la valeur de ce patrimoine. Le Conseil constitutionnel a donc rappelé, à cette occasion, un principe bien établi (Décisions n<sup>os</sup> 86-207 DC du 26 juin 1986, cons. 58, 86-217 du 18 septembre 1986, cons. 47 et 94-346 DC du 21 juillet 1994, cons. 3).

Toutefois, le grief manquait en fait. D'une part, le dispositif critiqué a pour finalité de permettre d'allouer des recettes annexes au contractant afin de minorer le coût du partenariat à la charge de la personne publique. La contrepartie sera constituée par la diminution du prix à concurrence. Cela résultait tant des travaux parlementaires que de la lettre même de la loi déferée qui précise qu'il est tenu compte, dans la fixation du prix de partenariat, des recettes que le cocontractant peut-être autorisé à se procurer en exploitant le domaine.

D'autre part, bien que les baux aient vocation à être passé par le cocontractant avec l'autorisation de la personne publique, ces dispositions ne dérogent pas aux règles qui assurent qu'une opération immobilière d'une personne publique, conduisant notamment à des baux, donne lieu à une évaluation du bien par le service compétent de l'Etat (voir notamment l'article 23 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 – « MURCEF » ; et l'article L. 4111-1 du code général de la propriété des personnes publiques). Dès lors, la fixation de la contrepartie précitée sera fixée en fonction de la valeur du bien donné à bail.

Enfin, et surtout, le fait d'autoriser le contractant privé à consentir un bail sur le domaine privé de la personne publique, pour une durée excédant celle du partenariat, n'implique pas que le titulaire du contrat de partenariat puisse continuer à exploiter ce domaine au-delà du partenariat. Les baux consentis sont des accessoires du contrat de partenariat : ils suivent donc le principal et, à l'issue de la durée prévue par le contrat de partenariat, et à défaut de renouvellement, ces contrats seront transférés à la personne publique. Certes, la personne publique ayant consenti à ces baux, ils lui seront opposables, ce qui garanti la sécurité juridique du preneur à bail. Toutefois, dans cette hypothèse, c'est la collectivité publique qui deviendra titulaire du contrat.

## **V - L'article 16**

Le Conseil s'est saisi d'office de l'article 16 de la loi, qui donne une nouvelle rédaction à l'article 25 de l'ordonnance du 17 juin 2004.

Aux termes des deux derniers alinéas de ce nouvel article 25, qui résultent d'un amendement parlementaire adopté en première lecture à l'Assemblée nationale :

*« Pour les contrats d'un montant supérieur à un seuil défini par décret, les entités adjudicatrices mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée peuvent recourir à la procédure négociée avec publication d'un avis d'appel public*

*à la concurrence, dans les conditions définies par le décret mentionné à l'article 12 de ladite ordonnance pour les entités adjudicatrices.*

*Lorsque le montant du contrat est supérieur au seuil mentionné à l'alinéa précédent, ces entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée définie au III de l'article 7 de la présente ordonnance ».*

En adoptant les dispositions précitées, le législateur a entendu ouvrir aux entités adjudicatrices la possibilité de recourir de plein droit à la procédure négociée pour la passation de leurs marchés. Il a, à cet effet, défini deux procédures, supposées alternatives, en dessous et au dessus d'un seuil défini par décret.

Le texte est cependant entaché d'une erreur matérielle. En effet le dernier alinéa relatif à cette procédure négociée simplifiée mentionne « supérieur » au lieu de mentionner « inférieur ».

Il en est résulté un dispositif incohérent de par sa contradiction interne, deux procédures supposées exclusives l'une de l'autre pouvant s'appliquer ensemble, en méconnaissance d'ailleurs de l'intention du législateur et du droit communautaire. Le risque de contentieux était réel.

Le texte a été jugé inintelligible.

Le raisonnement du Conseil est fondé sur des principes qui trouvent leur origine dans une décision de 1999 (n° 99-421 DC du 16 décembre 1999) et qui, depuis que l'intelligibilité s'est imposée comme la norme de référence pour le contrôle de la qualité de la législation (décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006), sont énoncés de la façon suivante : « *Considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (voir, pour un exemple récent, le considérant 25 de la décision n° 2008- 564 DC du 19 juin 2008).

De fait, ce n'est pas la première fois que la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi participe de la censure d'une disposition législative (voir, en particulier, les décisions n° 2000-435 du 7 décembre 2000, cons. 52 et 53, et n° 2003-475 du 24 juillet 2003, cons. 20 à 26 ; voir également les décisions n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 11 à 18, et n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, cons. 69 à 89).

Le cas d'espèce est particulièrement net ; il confirme l'implication, désormais bien établie, du Conseil constitutionnel sur le terrain du contrôle de la qualité de la législation.

Les deux derniers alinéas de l'article 16 de la loi déférée ont donc été déclarés contraires à la Constitution.

## **VI - L'article 18**

L'article 18 de la loi déférée, qui est le pendant de l'article 1<sup>er</sup> de la loi pour l'Etat et ses établissements publics, modifie l'article L. 1414-1 du code général des collectivités

territoriales relatif à la définition des contrats de partenariat que peuvent passer ces collectivités.

Les députés requérants ne contestaient que le III de cet article L. 1414-1, aux termes duquel :  
« Lorsque la réalisation d'un projet relève simultanément de la compétence de plusieurs personnes publiques, ces dernières peuvent désigner par convention celle d'entre elles qui réalisera l'évaluation préalable, conduira la procédure de passation, signera le contrat et, éventuellement, en suivra l'exécution. Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme ». Ils présentaient deux griefs contre ces dispositions : le renvoi à une convention opéré par ces dispositions était non seulement entaché d'incompétence négative mais aussi générateur d'inégalités entre collectivités territoriales.

A l'appui de leur argumentation, ils faisaient principalement état de la décision n° 94-358 DC du 26 janvier 1995 qui avait censuré un dispositif similaire :

« 57. Considérant en revanche que le deuxième alinéa du II de cet article dispose que « jusqu'à la date d'entrée en vigueur de cette loi, les collectivités territoriales pourront par convention, désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant de plusieurs collectivités territoriales » ; qu'il appartient au législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution de déterminer les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales de leurs compétences et de leurs ressources ; que par suite, il ne saurait renvoyer à une convention conclue entre des collectivités territoriales le soin de désigner l'une d'entre elles comme chef de file pour l'exercice d'une compétence ou d'un groupe de compétences relevant des autres sans définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à cette fonction ; que dès lors, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient des articles précités de la Constitution ; que par suite le second alinéa du II de l'article 65 est contraire à celle-ci ».

Le Conseil constitutionnel leur a donné en partie raison mais par un raisonnement différent. En effet, depuis cette décision de 1995, l'article 72 de la Constitution a été complété par un cinquième alinéa pour permettre à un collectivité dite « chef de file » de mettre en œuvre des compétences nécessitant le concours de plusieurs collectivités :

« Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune » ; que ces dispositions habilite la loi à désigner une collectivité territoriale pour organiser et non pour déterminer les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités ».

Il ressort des travaux préparatoires à la révision constitutionnelle de mars 2003, que le constituant, en créant la notion de collectivité « chef de file », n'a voulu déroger que de façon limitée au principe qui interdit toute tutelle d'une collectivité sur une autre. Il n'a en effet

habilité la loi qu'à désigner une collectivité pour organiser et non pour déterminer les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités.

Ainsi, M. René Garrec, rapporteur au Sénat (rapport n° 27 - 2002-2003), indiquait : « *Votre commission des Lois vous soumet un amendement tendant à inscrire dans la Constitution le principe selon lequel une collectivité territoriale ne peut exercer de tutelle sur une autre. - L'inscription de ce principe dans la Constitution ne fera pas obstacle à la possibilité de désigner une collectivité « chef de file ». Elle garantira en revanche que ce rôle se limitera à l'organisation des modalités, à l'animation et à la coordination des actions communes. L'amendement vise en effet à préciser que la loi pourra autoriser une collectivité territoriale à organiser, et non à fixer, les modalités de l'action commune* ».

Une partie des dispositions critiquées répondait à cette volonté du constituant. C'est celle qui autorisait la désignation d'une collectivité chef de file pour mener les opérations liées au contrat de partenariat au nom des autres (réaliser l'évaluation préalable, conduire la procédure de passation, suivre l'exécution).

Mais d'autres allaient au-delà. Tout d'abord, le terme utilisé de « collectivités publiques » pouvait laisser penser que l'Etat et ses établissements publics auraient pu être attirés dans cette démarche. Par une incise indiquant que ces collectivités publiques ne sauraient comprendre l'Etat et ses établissements publics, le Conseil constitutionnel a levé cette première ambiguïté.

Ensuite, la compétence donnée à la collectivité chef de file de signer le contrat de partenariat pouvait laisser entendre que la décision de passation du contrat ne nécessitait pas une délibération de chacune des collectivités concernées approuvant les termes de ce contrat et que la collectivité chef de file passait ce contrat à la place des autres. Cette signature par une seule collectivité a été déclarée contraire à la Constitution. Une réserve aurait certes pu suffire mais la dernière phrase de l'alinéa l'interdisait.

En effet, cette dernière phrase qui disposait, dans la version du projet de loi déposé devant le Parlement, que : « *Cette convention précise les conditions de cette délégation de compétences et en fixe le terme* » est devenue, au cours des débats : « *Cette convention précise les conditions de ce transfert de compétences et en fixe le terme* ». Or, si le cinquième alinéa de l'article 72 permet une délégation de compétences, il interdit tout transfert de compétences. En conséquence, cette phrase a été également déclarée contraire à la Constitution.

## VII - L'article 45

Le projet de loi relatif aux contrats de partenariats déposé par le Gouvernement comportait un article 31 (devenu l'article 45) qui modifiait l'article L. 241-1 du code des assurances pour étendre la dispense d'obligation d'assurance de dommages (dont bénéficient les personnes morales de droit public et les personnes dont l'activité dépasse certains seuils) aux personnes morales qui assurent la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat. L'objectif recherché par le Gouvernement était de parvenir à une minoration du prix de ces marchés en retirant le surcoût résultant de l'assurance obligatoire.

Cet article a été supprimé par le Sénat en première lecture puis rétabli par l'Assemblée nationale qui a toutefois limité la dispense d'assurance « aux seuls contrats de partenariat passés par l'Etat et ses établissements publics ».

C'est cette limitation qui fait l'objet des griefs des députés. Ils soutenaient qu'en réservant la dispense d'assurance de dommages ouvrage aux seules personnes assumant la maîtrise d'ouvrage dans le cadre de contrats de partenariat avec l'Etat et ses établissements publics, le législateur a méconnu le principe d'égalité. Ils soutenaient également que cette disposition impose aux collectivités locales une contrainte portant atteinte à la libre administration des collectivités territoriales et, enfin, qu'elle entraîne des distorsions de concurrence entre entreprises en violation du principe d'égalité devant la commande publique.

Aucun de ces griefs ne méritait d'être retenu. Certes, l'article L. 242-1 du code des assurances dispense de l'obligation d'assurance de dommages ouvrage les personnes morales de droit public. Il en résulte que l'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, bénéficient de cette dispense de façon identique. S'agissant des contrats de partenariat, la loi a donc introduit une différence entre les cocontractants de l'Etat et ceux des collectivités territoriales qui n'existe pas lorsque la personne publique assume elle-même la maîtrise d'ouvrage : par l'effet de cette disposition, les entreprises qui se verront confier la maîtrise d'ouvrage dans le cadre d'un contrat de partenariat seront soumises à l'obligation d'assurance dommages ouvrage lorsque le contrat aura été passé par une collectivité territoriale ou un de ses établissements publics alors qu'elles en seront dispensées en cas de partenariat avec l'Etat ou un établissement public national.

Cependant cela ne constitue pas une violation du principe constitutionnel d'égalité devant la loi : l'Etat et les collectivités territoriales sont dans une situation différente en termes d'assise financière. Ils ne pourraient faire également face à un sinistre financier de leur partenaire. Les règles d'assurance de leur cocontractants peuvent, par voie de conséquence, être différentes sans méconnaître l'article 6 de la Déclaration de 1789. Par ailleurs, en ce qui les concerne, les co-contractants sont dans les mêmes conditions lorsqu'ils sont en compétition pour contracter soit avec l'Etat, soit avec une collectivité territoriale ou un établissement public local : il n'y a ni rupture d'égalité devant la commande publique, ni entrave à la concurrence. Enfin l'allègement du prix des contrats passés avec l'Etat ou les établissements publics nationaux par une dispense d'assurance n'entraîne aucune atteinte à la libre administration des collectivités territoriales.

Le Conseil a donc rejeté les griefs formés à l'encontre de l'article 45 de la loi.