

Commentaire de la décision n° 2009-575 DC du 12 février 2009

Loi pour l'accélération des programmes de construction
et d'investissement publics et privés

À la suite de la crise économique et financière, le Conseil des ministres a adopté, le 19 décembre 2008, un projet de loi de finances rectificative pour 2009 accompagné d'un projet de loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

Ce dernier a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 13 janvier 2009 et par le Sénat le 23 janvier. Il a été voté définitivement, après déclaration d'urgence et réunion d'une commission mixte paritaire (CMP), le 29 janvier 2009 par les deux assemblées. Il a été déféré au Conseil constitutionnel, le 4 février 2009 par plus de soixante sénateurs.

Après avoir rejeté les griefs des requérants, le Conseil constitutionnel a censuré six articles qui étaient dépourvus de tout lien avec le projet de loi et qui constituaient, à ce titre, des « cavaliers législatifs ».

I.- L'article 13 de la loi déferée

L'article 13 de la loi déferée a été ajouté par amendement du Gouvernement à l'Assemblée nationale mais supprimé au Sénat. Il n'a pas été rétabli par la CMP mais a fait, de nouveau, l'objet d'un amendement du Gouvernement qui a été adopté dans les mêmes termes à l'Assemblée nationale et au Sénat lors de la lecture postérieure à la CMP.

Il dispose : « *En 2009 et 2010, par dérogation aux articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et aux articles L. 1414-7, L. 1414-8, L. 1414-8-1 et L. 1414-9 du code général des collectivités territoriales, la personne publique peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable. Mention en est portée dans l'avis d'appel public à la concurrence.*

« *Le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le contrat présente le financement définitif dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice. À défaut, le contrat ne peut lui être attribué et le candidat dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne peut être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même délai.* »

Cet amendement trouvait sa place dans cette loi dès lors que les articles 3 et 4 du projet de loi initial concernaient les partenariats public-privé.

Dans leur courte saisine, les sénateurs formulaient un double grief à l'encontre de cette disposition : ils estimaient que, tout en allant à l'encontre de l'objet de la réforme tendant à

l'accélération des projets de construction et d'investissement, cette mesure avait pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique et au bon emploi des deniers publics.

C'est la sixième fois que le Conseil constitutionnel était saisi d'une disposition favorisant les partenariats entre une autorité publique et un contractant privé chargé d'une mission globale de conception, réalisation, exploitation et financement d'un programme d'investissement public¹.

Le Conseil constitutionnel veille à ce que les dispositions qui favorisent ces dérogations au droit commun de la commande publique ne privent pas de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, qui résulte de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, à la protection des propriétés publiques assurée par ses articles 2 et 17 et, enfin, au bon emploi des deniers publics, exigence de valeur constitutionnelle qui découle de ses articles 14 et 15.

En l'espèce, l'article 13 de la loi déferée vise à tenir compte de l'instabilité actuelle des marchés financiers. Comme l'a indiqué le Gouvernement au cours des débats parlementaires, il a vocation à « *permettre de soumettre des offres sur la base d'un financement dont les modalités sont ajustables. En effet la situation du marché financier aujourd'hui, avec des taux extrêmement variables et fluctuants, rend assez difficile le bouclage d'un partenariat public privé. Il s'agit donc de permettre que le financement soit définitif en fin de procédure plutôt qu'en début* »².

Cette disposition soulevait toutefois une difficulté constitutionnelle au regard des exigences précitées en ce qu'elle permettait à un seul candidat au contrat de partenariat, le candidat pressenti, de présenter une offre définitive réévaluée. Le Conseil a donc formulé une réserve destinée à encadrer son application et formulée en deux branches :

– d'une part, cette disposition ne saurait exonérer la collectivité de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. L'article 13 ne permet pas de déroger à l'article 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat en tant que celui-ci dispose que « *le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse par application des critères définis... Parmi les critères d'attribution, figurent nécessairement le coût global de l'offre...* ». Le principe de l'offre la plus avantageuse interdit donc que l'offre pressentie soit définitivement retenue si, après son ajustement final, elle n'est plus économiquement la plus avantageuse ;

– d'autre part, l'ajustement de l'offre ne saurait revêtir qu'un caractère limité pour tirer les conséquences de la variation des « *modalités de financement* » : il ne peut porter que sur la composante financière du coût global, à l'exclusion de tout autre élément.

Sous cette réserve, le Conseil a jugé que l'article 13 n'était contraire ni au principe d'égalité devant la commande publique, ni à l'exigence de bon emploi des deniers publics.

¹ Décisions n°s 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, cons. 3 à 8 ; 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, cons. 2 à 6 ; 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, cons. 13 à 20 ; 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, cons. 9 à 33 ; 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. 2 à 14.

² Sénat, Débats, séance du 29 janvier 2009.

II.- Les « cavaliers législatifs »

Le titre de la loi disait son objet initial : accélérer les programmes de construction et d'investissement publics et privés. En outre, le projet de loi initial habilitait le Gouvernement à réformer par ordonnance le régime des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) et celui de l'indemnité temporaire outre-mer attribuée aux retraités relevant du code des pensions civiles et militaires de retraite et aux pensionnés relevant du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

Le projet de loi initial comportait sept articles. Le texte déféré au Conseil constitutionnel en comportait trente-huit. De nombreuses dispositions ont donc été adoptées au cours du débat parlementaire.

Sur le fondement des articles 39 et 44 de la Constitution, le Conseil constitutionnel contrôle, depuis une décision du 10 juillet 1985³ et selon une jurisprudence désormais bien établie, que les amendements adoptés ne sont pas dépourvus de tout lien avec les dispositions figurant dans le projet déposé sur le bureau de la première assemblée saisie. À défaut de l'existence d'un tel lien, la disposition est considérée comme un « cavalier législatif » et, à ce titre, contraire à la Constitution. Selon cette logique, il a ainsi censuré cinq « cavaliers » en 2006 et dix « cavaliers » en 2007⁴.

Selon les mêmes principes mais sur un fondement particulier, à la fois constitutionnel et organique, le Conseil censure, de longue date, les « cavaliers budgétaires », c'est-à-dire les dispositions qui n'appartiennent pas au domaine des lois de finances ou des lois de finances rectificatives⁵. Il fait de même, depuis plus de dix ans, avec les « cavaliers sociaux », qui sont des dispositions étrangères aux lois de financement de la sécurité sociale⁶.

Dans sa décision du 12 février 2009, le Conseil constitutionnel a, conformément à sa jurisprudence traditionnelle, censuré plusieurs dispositions de la loi déférée en tant qu'elles étaient dépourvues de tout lien avec l'objet du projet de loi initial.

– A été censuré pour ce motif l'article 22 de la loi déferé qui, dans le périmètre des « zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager », transformait l'avis conforme de l'architecte des Bâtiments de France en avis simple, et qui, en conséquence, supprimait la procédure de recours devant le préfet et permettait au ministre de la culture de faire jouer son pouvoir d'évocation.

³ Décisions n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 2 ; n° 85-199 DC du 28 décembre 1985, *Loi portant amélioration de la concurrence*, cons. 2.

⁴ Décisions n°s 2007-546 DC du 25 janvier 2007, *Loi ratifiant l'ordonnance n° 2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique*, cons. 2 à 7 ; 2007-549 DC du 19 février 2007, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine du médicament*, cons. 2 à 8 ; 2007-552 DC du 1^{er} mars 2007, *Loi portant réforme de la protection juridique des majeurs*, cons. 3 à 9 ; 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 24 à 29.

⁵ Cf. pour une application récente, cinq « cavaliers budgétaires » censurés par la décision n° 2008-574 DC du 29 décembre 2008, *Loi de finances rectificative pour 2008*, cons. 2 à 6 et 10 à 14.

⁶ Cf. pour une application récente, dix-neuf « cavaliers sociaux » censurés par la décision n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*.

– L'article 26 de la loi autorisait certaines exploitations viticoles ayant fait l'objet du classement officiel homologué par l'arrêté du 12 décembre 2006 relatif au classement des crus des vins à appellation d'origine contrôlée « Saint-Émilion Grand cru » – arrêté qui a été annulé par la juridiction administrative – à utiliser cette mention. Il reprenait une disposition déjà censurée par le Conseil constitutionnel dans la décision sur la deuxième loi de finances rectificative pour 2008⁷. Le Conseil a constaté qu'elle n'avait pas sa place dans la loi déferée, car sans lien avec l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

– L'article 31 procédait à la ratification de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence avant même qu'un projet de loi de ratification ne soit déposé. Dans son rapport fait au nom de la commission des affaires économiques le rapporteur du Sénat, Mme Elisabeth Lamure, a relevé le fait que « *la ratification de l'ordonnance n'a guère de rapport avec la relance de l'économie puisque le dispositif juridique qu'institue cette dernière est opérationnel depuis sa publication* ». Constatant qu'en effet, cette disposition était dépourvue de tout lien avec l'objet du projet de loi, le Conseil constitutionnel l'a censurée.

– Pour le même motif, l'article 32 a également été censuré. Il prévoyait que les adhérents du régime de retraite complémentaire institué par l'Association pour la gestion du fonds de pension des élus locaux (FONPEL) soient, sur le modèle du dispositif dérogatoire de gouvernance applicable au régime complémentaire institué par la Caisse nationale de prévoyance de la fonction publique (PREFON), informés individuellement de l'ordre du jour de l'assemblée générale de l'association et destinataires, à leur demande, du procès-verbal de cette réunion.

Le rapporteur de la commission des affaires économiques du Sénat a pu d'ailleurs souligner à l'occasion de la discussion de cette disposition : « *Je ne suis pas certaine que le présent amendement ait vraiment sa place dans ce texte de loi.* » M. Jean Desessard, sénateur, pour sa part, a estimé : « *J'ai beau chercher, je ne vois pas la moindre relation entre cet intitulé et le contenu du présent amendement !* »

– L'article 33 autorisait le Gouvernement à procéder par ordonnance à l'adoption de la partie législative d'un code de la commande publique et ce, dans un délai de dix-huit mois. Cet article résultait d'un amendement du Gouvernement à l'Assemblée nationale et n'avait pas de lien avec l'objet initial de la loi.

– L'article 35 portait la limite d'âge des présidents de conseil d'administration des établissements publics de l'État à soixante-dix ans, en l'absence de dispositions particulières prévues par les textes législatifs ou réglementaires régissant l'établissement, tandis que la limite d'âge applicable aux directeurs généraux et directeurs des établissements publics de l'État était fixée à soixante-cinq ans. Le Conseil constitutionnel, qui avait déjà estimé récemment que cette disposition ne pouvait trouver sa place dans une loi de financement de la sécurité sociale⁸, a jugé, dans sa décision du 12 février 2009, qu'elle n'avait pas plus sa place dans une loi venant en soutien à un plan de relance.

⁷ Décision n° 2008-574 DC du 29 décembre 2008 précitée, cons. 11 et 14.

⁸ Décision n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009*, cons. 25.

