

Décision n° 2012-651 DC du 22 mars 2012

Loi de programmation relative à l'exécution des peines

Le projet de loi de programmation relatif à l'exécution des peines a été délibéré en conseil des ministres le 23 novembre 2011. Il a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 17 janvier 2012 et par le Sénat le 1^{er} février 2012. Après l'échec de la commission mixte paritaire le 14 février 2012, une adoption en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale le 20 février 2012 puis un rejet par le Sénat le 27 février 2012, le Gouvernement a demandé à l'Assemblée nationale de statuer définitivement, ce qu'elle a fait le 29 février 2012.

Selon son exposé des motifs, cette loi, qui compte vingt-deux articles, « s'articule autour de trois axes : garantir l'effectivité de l'exécution des peines, renforcer les dispositifs de la prévention de la récidive, améliorer la prise en charge des mineurs délinquants ». Le but premier de la loi est de « réduire le stock de peines en attente d'exécution par la livraison de nouvelles places en établissement pénitentiaire. 30 000 places [...] seront construites pour atteindre l'objectif ». L'article 1^{er} de la loi approuve un rapport annexé à la loi détaillant ces objectifs.

La loi a été déférée au Conseil constitutionnel, le 6 mars 2012, par plus de soixante députés qui contestaient uniquement l'article 2.

Par sa décision n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 2 de la loi conforme à la Constitution.

I. - Les dispositions contestées

L'article 2 de la loi de programmation relative à l'exécution des peines apporte des modifications aux règles relatives aux marchés de conception-réalisation pour la construction d'établissements pénitentiaires. À cet effet, il modifie l'article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire.

D'une part, il complète le premier alinéa de cet article 2 par une phrase ainsi rédigée : « Cette mission peut en outre porter sur l'exploitation ou la maintenance d'établissements pénitentiaires, à l'exclusion des fonctions de direction, de greffe et de surveillance. »

D'autre part, après la première phrase du deuxième alinéa du même article, il insère une phrase ainsi rédigée : « *Ce marché peut notamment être passé selon la procédure du dialogue compétitif prévue aux articles 36 et 67 du code des marchés publics, dans les conditions prévues par ces mêmes articles.* »

Ainsi cet article a un double objet.

D'une part, il intègre l'exploitation ou la maintenance d'établissements pénitentiaires parmi les missions susceptibles d'être confiées par l'État, au titre d'un marché de conception-réalisation, à une personne ou à un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé (1° de l'article 2).

Le marché de conception-réalisation est l'un des quatre dispositifs du droit de la commande publique pour construire de nouveaux établissements pénitentiaires : la maîtrise d'ouvrage publique, le marché de conception-réalisation, les contrats dits d'autorisation d'occupation temporaire avec option d'achat (AOT-LOA) et les contrats de partenariat public privé (PPP). Il permet, tout en conservant une maîtrise d'ouvrage publique, de conclure un seul marché pour l'ensemble des opérations liées à la construction d'un ouvrage public.

D'autre part, l'article 2 ouvre la possibilité de recourir à la procédure du dialogue compétitif dans le cadre de la passation d'un marché confiant à un opérateur extérieur ces mêmes opérations de conception, de réalisation, d'exploitation et de maintenance d'un établissement pénitentiaire (2° de l'article 2).

Aux termes de l'article 2 de la loi précitée du 22 juin 1987, dans sa rédaction antérieure à la réforme, un marché de conception-réalisation d'établissements pénitentiaires ne pouvait être conclu suivant la procédure de dialogue compétitif, prévue par l'article 69 du code des marchés publics, pour les opérations de constructions neuves.

En effet, le II de l'article 69 du code des marchés publics autorise la passation des marchés de conception-réalisation selon la procédure du dialogue compétitif pour les seules opérations de réhabilitation de bâtiment : « *Dans le cas des opérations limitées à la réhabilitation des bâtiments, (...) les marchés de conception-réalisation peuvent également être passés selon la procédure du dialogue compétitif* ». Dès lors que les marchés de conception-réalisation prévus à l'article 2 de la loi précitée du 22 juin 1987 portent sur des constructions neuves et non des opérations de réhabilitation, ils ne peuvent être passés que sur appel d'offres restreint avec jury.

C'est cette restriction du recours à la procédure du dialogue compétitif qui est ainsi levée dans le cas des marchés de conception-réalisation d'établissements pénitentiaires.

Les députés requérants contestaient « *les dispositions programmant, par le biais d'une nouvelle procédure dite "de dialogue compétitif", la construction de 24 000 places supplémentaires dans les établissements pénitentiaires d'ici 2017* ». Ils faisaient valoir qu' « *une telle procédure apparaît manifestement inappropriée au regard des opérations envisagées et ne semble pas conforme aux exigences tenant à l'intérêt général* ».

Même si, formellement, la saisine ne faisait porter les griefs que sur le 2° de l'article 2, le 1° de l'article 2 avait également fait l'objet de critiques lors des débats en séance publique, l'un des députés auteurs de la saisine, M. Dominique Raimbourg, ayant déclaré : « *Il nous paraît particulièrement dangereux de confier à un seul opérateur à la fois la construction, la maintenance et l'exploitation d'établissements pénitentiaires. Étendre à l'exploitation et à la maintenance la procédure de conception-réalisation, revient à s'abandonner entre ses mains, et ce de manière durable. Lui accorder une telle sorte de concession nous paraît très dangereux.* »¹

II. - La conformité à la Constitution

Le Conseil constitutionnel a examiné et validé chacune des dispositions de l'article 2.

1. Le 1° de l'article 2

Le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur la conformité à la Constitution de marchés de conception-réalisation. Dans la décision portant sur la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure (décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002), il avait jugé, au sujet de l'article 3 de cette loi permettant de recourir aux marchés de conception réalisation pour des immeubles de la police et de la gendarmerie :

« *5. Considérant, en premier lieu, qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, l'aménagement, la maintenance et l'entretien d'un ouvrage public ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs*

¹ Compte rendu intégral des débats, deuxième séance du 20 février 2012, *J.O. Débats, Assemblée nationale*, p. 1295.

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 ;

« 6. Considérant, en second lieu, que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;

« 7. Considérant, en l'espèce, que les dispositions critiquées ont pour objet de faciliter et d'accélérer la construction des immeubles affectés à la gendarmerie nationale et à la police nationale en permettant à l'État de confier à un même titulaire les missions de conception, de construction, d'aménagement, de maintenance et d'entretien ; que ces dispositions ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'au demeurant, le I de l'article 3 de la loi déferée prévoit la possibilité, pour les petites et moyennes entreprises, de se grouper pour présenter une offre commune ; qu'il n'écarte pas la faculté pour l'État, maître d'ouvrage, d'allotir le marché ; que, ne privant pas le titulaire du marché du droit de recourir à la sous-traitance, il permet aux petites et moyennes entreprises d'accéder par cette voie à la commande publique ;

« 8. Considérant qu'il s'ensuit qu'en dérogeant, pour les marchés en cause, aux articles 7 et 18 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée ainsi qu'à l'article 10 du code des marchés publics, le législateur n'a porté atteinte à aucun principe ni à aucune règle de valeur constitutionnelle ».

De même, dans sa décision portant sur la loi d'orientation et de programmation pour la justice (décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002), le Conseil avait repris le même raisonnement pour déclarer conforme à la Constitution l'article 3 de cette loi, qui était le pendant, pour les établissements pénitentiaires, de l'article 3 de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure. Il avait, en outre, vérifié que les fonctions de souveraineté (direction, greffe et surveillance) étaient toujours exercées par l'État, relevant que ces tâches étaient exclues de celles pouvant faire l'objet des marchés de conception-réalisation².

Enfin, saisi de dispositions législatives permettant le recours à des contrats de partenariat public-privé, le Conseil avait notamment jugé *« qu'aucune règle ni*

² *« Considérant que, s'agissant des fonctions mentionnées au dernier alinéa de l'article contesté, dont sont expressément exclues les tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté, leur délégation fera l'objet d'une habilitation dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ; que le respect des exigences propres au service public pénitentiaire sera dès lors imposé au titulaire dans le cadre de cette habilitation » (cons. 8).*

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 aux services publics »³.

Le 1° de l'article 2 de la loi déférée s'inscrivait exactement dans le cadre déjà jugé par le Conseil constitutionnel, qui avait admis que la loi pouvait confier à une même personne privée la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'un même bien, tout en exigeant, pour les établissements pénitentiaires, que les fonctions de « *direction, greffe et surveillance* » ne soient pas confiées aux cocontractants.

Le Conseil constitutionnel a donc à nouveau affirmé, dans sa décision n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, « *qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes différentes, pour une période déterminée, la conception, la construction, l'aménagement ainsi que l'exploitation ou la maintenance d'équipements nécessaires au service public* » (cons. 4), constaté que l'extension des marchés de conception-réalisation avait pour objet de faciliter et d'accélérer la réalisation d'un programme de construction de nouveaux établissements (cons. 5) et vérifié que les fonctions régaliennes étaient expressément exclues des marchés (cons. 6).

2. Le 2° de l'article 2

Le 2° de l'article 2 de la loi déférée, qui permet le recours à la procédure de dialogue compétitif pour la passation d'un marché de conception, de réalisation, d'entretien et de maintenance des prisons, était contesté par les requérants pour son caractère « *manifestement inapproprié au regard des opérations envisagées et [qui] ne sembl[ait] pas conforme aux exigences tenant à l'intérêt général* ».

La procédure de dialogue compétitif permet, après publication d'un avis d'appel public à la concurrence, de sélectionner des candidats qui sont alors invités à dialoguer pour identifier et définir les moyens et discuter les différents aspects du marché. Lorsqu'il estime que la discussion est arrivée à son terme, le pouvoir adjudicateur en informe les candidats et les invite à remettre leurs offres. La sélection de ces offres a alors lieu de manière similaire à celle intervenant dans le cadre de l'appel d'offres restreint. Cette procédure est issue de la directive 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

³ Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. 9.

La possibilité nouvelle de recourir à cette procédure pour les marchés de conception-réalisation d'établissements pénitentiaires est strictement encadrée par l'article contesté, puisqu'il est exigé que les conditions prévues par les articles du code des marchés publics relatifs à cette procédure soient respectés. Ainsi, le recours à cette procédure devra être réservé à des projets présentant une particulière complexité. Cette particulière complexité devra être démontrée au cas par cas par le pouvoir adjudicateur, ainsi que cela ressort des observations communiquées par le Gouvernement au Conseil constitutionnel.

L'extension de la possibilité de recourir au dialogue compétitif plutôt qu'à l'appel d'offres dans le cas des marchés de conception-réalisation d'établissements pénitentiaires doit permettre, d'une part, à l'administration de préciser l'expression de ses besoins et, d'autre part, aux candidats de formuler une offre y répondant le mieux possible.

Le grief tiré du caractère inapproprié de cette procédure pour ce type de marchés n'était donc pas fondé. Il n'était pas non plus possible de considérer que le recours à une telle procédure n'aurait pas respecté le principe d'égalité devant la commande publique, qui résulte de l'article 6 de la Déclaration de 1789, cette procédure étant ouverte par un appel public à la concurrence et l'offre économiquement la plus avantageuse étant choisie en application des critères annoncés dans l'avis.

Enfin, l'exigence de bon emploi des deniers publics découlant des articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789 n'était pas non plus méconnue, la procédure de dialogue compétitif étant particulièrement adaptée au type de marchés pour lequel elle est en l'espèce rendue possible.

En conséquence, l'article 2 de la loi déferée a été déclaré conforme à la Constitution.