

Le contrat de partenariat rattrapé par le Conseil constitutionnel
Ou, comment sauver les PME d'un éventuel statut éternel de sous-traitants
Commentaire de la décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008

Hiam Mouannès
Maître de Conférences, HDR
Institut Maurice Hauriou

Article publié en 2008 dans la *LPA*, n° 159 du 7 août 2008

Summary : On 15 July 2008, the Constitutional Council was seized (Case No. 2008-567 DC) on the basis of Article 61 (paragraph 2) of the Constitution of two actions against the law relating to partnership contracts, finally adopted on July 9, 2008 and amending Order No. 2004-559 dated June 17, 2004. This law is part of an evolution extending the possibility of using this contract derogating from the common law of public procurement. By Decision No. 2008-567 of 24 July 2008, On the one hand, the Constitutional Council recalls the criteria set out in its 2003 and 2004 case law on the interpretation of urgency justifying the use of such contracts and, on the other hand, specifies the cost-balance-advantage. Recalling the derogatory nature of the partnership agreement, it sanctions Articles 2 and 19 relating to the presumption of urgency as far as, by its effects, this presumption deprives legal guarantees of the constitutional requirements inherent in equality before public orders, the protection of public property and the proper use of public funds.

Résumé : Le 15 juillet 2008, le Conseil constitutionnel a été saisi (affaire n° 2008-567 DC) sur le fondement de l'article 61 (alinéa 2) de la Constitution de deux recours dirigés contre la loi relative aux contrats de partenariat, définitivement adoptée le 9 juillet 2008 et modifiant l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004. Cette loi entre dans le cadre d'une évolution élargissant la possibilité de recourir à ce contrat *dérogatoire* au droit commun de la commande publique. Par décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, le Conseil constitutionnel rappelle d'une part les critères contenus dans sa jurisprudence de 2003 et de 2004 et relatifs à l'interprétation de l'urgence justifiant le recours à de tels contrats et précise d'autre part, le critère du bilan coût-avantage. Par ailleurs, rappelant le caractère dérogatoire du contrat de partenariat, il sanctionne les articles 2 et 19 relatifs à la présomption d'urgence dans la mesure où, par ses effets, cette présomption prive 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.

Mots-clés : Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat – Contrat – Contrat de partenariat – Conseil constitutionnel – égalité – principe d'égalité – Urgence – commande publique – dérogatoire – appréciation du caractère dérogatoire au droit commun de la commande publique – la théorie du bilan

Les articles 2 et 19 de la loi déferée –autant dire le dispositif qui portait particulièrement atteinte au principe d'égalité devant la commande publique– affectaient, par leur objet et leurs effets, deux éléments protégés et/ou précisés par le Conseil constitutionnel. Le premier est relatif à la nature dérogatoire des contrats de partenariat. Le second est lié à la notion d'urgence. La définition du critère de complexité du projet concerné par ce type de contrat était contestée par les requérants au motif qu'elle ouvrait « un champ potentiellement très large des domaines concernés »¹. Le silence du Conseil constitutionnel sur ce point vaudrait confirmation de la notion telle qu'objectivement considérée par la directive n° 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination de la procédure de passation des marchés publics de travaux, de fourniture et de service, introduite à l'article L1414-2 du *code général des collectivités territoriales* (ici CGCT) et rappelée par la circulaire du 29 novembre 2005 relative aux contrats de partenariat² qui précise à l'attention des collectivités territoriales que la personne publique « ne peut se borner à affirmer qu'elle n'est pas capable de définir les moyens susceptibles de répondre à ses besoins ». La personne publique « doit démontrer que

¹ Cf. Réplique aux observations du Gouvernement par plus de soixante députés, p. 3.

² NOR ECOZ0500081C.

cela lui est objectivement impossible, au regard de la nature du contrat et de ses capacités internes ».

L'égalité de tous devant la loi est une exigence constitutionnelle qui trouve son fondement dans l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 auquel la constante jurisprudence du Conseil constitutionnel apporte une interprétation juste et indiscutée. En effet, dans la décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*³, le Conseil constitutionnel précise « que, si le principe énoncé à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen n'interdit pas au législateur de faire supporter à certaines catégories de personnes des charges particulières, en vue notamment d'améliorer les conditions de vie d'autres catégories de personnes, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques » (cons. 8).

Le respect du principe d'égalité implique, dans le domaine du marché public, le respect de la liberté et de l'égalité d'accès des grandes comme des petites et moyennes entreprises à la commande publique. Le fondement constitutionnel de ce principe (art. 6 et 14 DDHC) est également régulièrement rappelé par le juge de la rue de Montpensier⁴. En 2001, le Conseil constitutionnel a en effet eu l'occasion de sanctionner des dispositions de la loi MURCEF (loi n° 2002-1168 du 11 décembre 2001) qui réservaient un quart des lots des marchés publics aux associations et coopératives poursuivant certains objets d'utilité sociale. Il avait considéré que ces dispositions, « tant par leur ampleur que par leur imprécision, portent au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale » (décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi MURCEF*, cons. 7). La décision 2008-567 DC revient à la charge pour rappeler « les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique » (cons. 9).

Les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'élargissement des conditions d'ouverture du contrat de partenariat ainsi que l'assouplissement de son régime juridique aurait *manifestement* et *excessivement* réduit le champ de la concurrence entre entreprises et constitué objectivement un frein pour l'accès direct des petites et moyennes entreprises à la commande publique. Ce qui a justifié la sanction des dispositions de la loi déferée par le Conseil constitutionnel.

La constante nature « dérogatoire » des contrats de partenariat

Aux termes des articles 1, 2 et 14 (art. L1414-1 et L1414-2 CGCT) de l'Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, le contrat de partenariat a un objectif bien précis. Il s'agit de mettre à la disposition de la personne publique concernée un instrument « supplémentaire » de la commande publique lui permettant de faire face à des situations exceptionnelles identifiables et vérifiables. Aussi, la personne publique peut, aux termes de l'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004, confier à un tiers (et non à des personnes distinctes) une *mission globale* relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou la transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, à d'autres prestations de service.

³ Lire aussi la décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle* (cons. 19) et la décision commentée n° 2008-567 DC (cons. 25).

⁴ Lire par ex., la décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* (cons. 10).

A cet égard, la passation de ces contrats d'envergure est, *de facto* et par nature, inaccessible aux petites et moyennes entreprises dans la mesure où celles-ci ne peuvent espérer disposer du soutien financier approprié. En revanche, ces mêmes entreprises peuvent et ont d'ailleurs fait la preuve de leur compétitivité dans les projets de proximité telle la construction d'école communale ou encore d'une gendarmerie. Or, l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique est inversement proportionnel à celui des grandes. Autrement dit, plus la possibilité de recourir au contrat de partenariat est ouverte, plus la porte d'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique se réduit. Dès lors, non seulement la passation de tels contrats ne peut avoir lieu que dans des circonstances particulières *objectivement vérifiables*⁵, mais le recours à de tels contrats -par nature préjudiciable aux PME- devrait être et demeurer une procédure *dérogatoire* au droit commun de la commande publique. Aussi, le Conseil constitutionnel a clairement mis en garde le législateur contre la « *généralisation de telles dérogations* ». Dans la décision commentée (cons. 9), il réitère ce qu'il a déjà déclaré dans la décision relative à la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit (DC du 26 juin 2003, *op. cit.*, cons. 18) : « *la généralisation de telles dérogations* » risque 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* ». Le Conseil d'Etat confirme cette ligne jurisprudentielle par la mise en garde contre toute utilisation abusive du contrat de partenariat, qui « *fausserait le libre jeu de la concurrence* » sur le marché public⁶.

Or, la généralisation de la dérogation ressortait ostensiblement des débats au Parlement. Monsieur Laurent Béteille, rapporteur du projet de loi au Sénat, avait à ce titre déclaré que la loi avait pour ambition et pour objet de « favoriser le recours au contrat de partenariat ». Par conséquent, si, après évaluation, la personne publique estime, « que le contrat de partenariat est la forme qu'elle doit privilégier, pourquoi devrait-elle y renoncer et choisir un autre mode de la commande publique, moins favorable, sous prétexte de vouloir à tout prix s'accrocher au droit commun ? »⁷. Aussi, les dispositions 2 et 16 initiales (rédaction issue du projet de loi) qui excluaient de la possibilité de recourir au contrat de partenariat - même lorsque le critère de l'urgence est rempli- les projets dont l'évaluation préalable n'est pas *manifestement* appropriée, avaient été modifiées. L'article 2 de la loi votée avait en effet supprimé le mot « *manifestement* » afin -selon le rapporteur, M. Laurent Béteille- « de prévoir la possibilité de conclure un contrat de partenariat dès lors que l'évaluation préalable n'est simplement pas défavorable ». La subtilité rhétorique (« *résultats de l'évaluation [...] pas défavorables* » au lieu de « *évaluation manifestement appropriée* ») retirait toute sa substance à la procédure « *dérogatoire* » du contrat de partenariat et, par suite, rompait de manière caractérisée le principe d'égalité d'accès à la commande publique.

A une rhétorique ciblée et délibérément laconique, le Conseil constitutionnel répond par une autre, pédagogique et délibérément détaillée ramenant d'une part le législateur dans la droite ligne des exigences constitutionnelles et donnant d'autre part, au juge du contrat des outils précis de contrôle : le recours au contrat de partenariat est possible lorsque, « *en l'absence d'urgence et de complexité du projet et compte tenu soit de ses caractéristiques, soit des exigences du service public dont la personne est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, à l'issue d'une analyse approfondie des avantages et des inconvénients, le bilan du recours à un contrat de partenariat apparaît plus favorable que pour les autres contrats de la commande publique*

⁵ CE 29 octobre 2004, *Sueur et a* ; décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 *Loi de simplification du droit* et la décision commentée, considérant 7 et 9.

⁶ CE 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* (requête n° 275531, Lebon).

⁷ Cf. Rapport du Sénat du 2 juillet 2008, n° 432.

dans l'intérêt du bon emploi des deniers publics, exigence de valeur constitutionnelle qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789 »⁸.

La rationalisation de la notion d'urgence

La crainte quant aux effets de la généralisation de la dérogation est clairement mise en exergue dans la décision commentée (cons. 9) comme dans la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 (cons. 18) : la *généralisation* de la dérogation risque de « *priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique (...)* ». Aussi, dans la décision du 26 juin 2003 le Conseil constitutionnel avait précisé que le recours au contrat de partenariat devrait être réservé « *à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence* »⁹. Il avait également précisé que la notion d'urgence « *s'attache, en raison de circonstances particulière ou locales, à rattraper un retard préjudiciable [...]* ». L'urgence telle que définie par le Conseil est donc au nombre des motifs d'intérêt général susceptibles de justifier la dérogation au droit commun de la commande publique. Ce souci d'équité ressort également de la décision du conseil constitutionnel du 2 décembre 2004 (*op. cit.*, cons. 17) qui précise les conditions d'invocation de l'urgence par la personne publique, conditions nécessaires pour accéder au contrat de partenariat : l'urgence « *est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, 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 (...)* » (cons. 18).

Le Conseil d'Etat, saisi au contentieux, a considéré le caractère *substantiel* de l'urgence pour accéder au contrat de partenariat¹⁰. Le juge administratif de premier ressort (TA d'Orléans, 29 avril 2008, *M. Lenoir et SNSO*)¹¹, a pour sa part eu une première occasion d'annuler, pour défaut d'urgence, une délibération autorisant la signature d'un contrat de partenariat : « *l'atteinte portée au fonctionnement du service public par le retard affectant la réalisation du collège (...) ne présentait pas, à supposer même que le département ait accompli toutes diligences pour y remédier, un caractère de gravité suffisant pour justifier légalement qu'il soit dérogé au droit commun de la commande publique par le recours au contrat de partenariat* ».

Or, les articles 2 et 19 de la loi contestée battaient en brèche la substance de l'impératif d'urgence isolant irrémédiablement les artisans du bâtiment dans un éternel statut de sous-traitants. En effet, la notion de « *circonstances particulières ou locales* » -susceptible de rationaliser en le légitimant le recours *exceptionnel* au contrat de partenariat- n'y figurait nullement. L'article 2 de la loi déferée précisait simplement que « *les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère : [...] 2° [...] que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général [...], quelles que soient les causes de ce retard [...]* ». La formulation adoptée par le législateur -qui n'était, ni précise ni objective- donnait à la personne publique une latitude d'appréciation manifestement exagérée et susceptible d'affecter, par un recours déraisonnable au contrat de partenariat, l'exigence constitutionnelle d'égalité devant la commande publique.

⁸ Décision commentée, considérant 9.

⁹ Cf. les réserves d'interprétation de l'article 6 de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, article pour l'application duquel a été prise l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

¹⁰ CE 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris* (déjà cité).

¹¹ TA d'Orléans, 29 avril 2008, *M. Lenoir et SNSO*, requêtes n°s 0604132 et 0604140, *Le Tribunal administratif au secours des PME*, H. Mouannès, *Petites affiches*, n° 144 du 18 juillet 2008, p. 23 ; *Appréciation de l'urgence justifiant la passation d'un contrat de partenariat*, Jean-David Dreyfus, *AJDA*.2008, p. 1203.

Le Conseil constitutionnel fait œuvre de pédagogie en posant, par préterition, la lecture qui doit être faite de l'urgence « en tant que » faisant partie « *des motifs d'intérêt général* » justifiant le recours au contrat de partenariat. Le recours au contrat de partenariat ne devrait plus être réservé « *à des situations* » « *répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence* », mais « *aux seules situations* » « *répondant aux motifs d'intérêt général les justifiant* ». C'est seulement dans un deuxième temps que le juge constitutionnel juge « *que répondent à un tel motif, outre la complexité du projet, l'urgence [...]* ». Dans un troisième temps, le Conseil prend le soin de recadrer la notion d'urgence. Celle-ci n'est établie que par la réunion de trois conditions. La première exige que le notion d'urgence « *s'attache à la réalisation du projet* ». Une fois ce lien établi, l'urgence doit résulter « *objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminée, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave* ». La nécessité de rattraper ce retard « *particulièrement grave* » -et non seulement *grave*- ne suffit pas par elle-même, elle doit être, en tant que telle, « *préjudiciable à l'intérêt général et affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public* » (cons. 9). La réunion de ces éléments est une condition *sine qua non* justifiant le recours au contrat de partenariat.

Dans cette même logique de rationalisation de la notion d'urgence, le Conseil constitutionnel a considéré que la « *présomption d'urgence* », prévue par les articles 2 et 19 pour un certain nombre de champs de l'action publique (précisé au III de l'article 2 de la loi contestée) et susceptible d'être mise en œuvre « *sous la seule réserve que l'évaluation préalable ne soit pas défavorable* », a pour effet « *de limiter la portée de l'évaluation préalable* ». Ceci a pour effet d'une part « *d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence* » et d'autre part, et par voie de conséquence, de priver « *de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique* » (cons. 14).

La précision de la théorie du bilan

Parmi les motifs « d'intérêt général » justifiant le recours exceptionnel de la personne publique au contrat de partenariat, le Conseil constitutionnel considère « *la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* »¹². Les petites et moyennes entreprises ne remplissant ni les conditions financières ni les compétences techniques et/ou fonctionnelles ne peuvent (l'ambitionnent-elles ?) entrer en concurrence avec les grands groupes remplissant ces conditions. La *complexité* -comme l'urgence- les écarte donc *naturellement* de ce type de marché, sous réserve de leur implication ponctuelle en tant que sous-traitants. *A contrario*, l'absence de complexité et/ou d'urgence les réintègrent dans le marché.

Or, la loi déferée au Conseil constitutionnel donne une interprétation de la complexité si imprécise qu'elle est susceptible d'écarter *de jure* les PME quand bien même celles-ci seraient techniquement et financièrement aussi opérationnelles et compétitives que les puissantes entreprises. En effet, l'article 2 de la loi déferée imposait une « *évaluation préalable* » du projet de contrat de partenariat afin de faire apparaître « *les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure d'un tel contrat* ». Cette « *évaluation* » a pour objectif d'une part de rationaliser le recours à ce type de contrat dérogatoire au droit commun de la commande publique et, d'autre part de légitimer –par la complexité prouvée par l'évaluation– le recours à de tels contrats.

¹² DC du 26 juin 2003 (cons. 18), précitée.

Or, parmi les éléments que ce même article de la loi déferée prenait en considération pour élargir le recours au contrat de partenariat figure : le bilan qu'« *un tel contrat [...] présente entre les avantages et les inconvénients par rapports à d'autres contrats de la commande publique* » (art. 2, II, 3°). Celui-ci ouvre géante la porte d'accès au contrat de partenariat dès lors que les résultats de l'évaluation du projet ne sont « *pas défavorables* » (art. 2, III). Aussi, le critère de la « complexité » se noyait dans la théorie du bilan « coût-avantage ». C'était sans compter avec la vigilance du Conseil constitutionnel qui a pris le soin de poser les conditions du recours à la théorie du « bilan ». En effet, fait désormais partie des motifs d'intérêt général justifiant le recours au contrat de partenariat, « *en l'absence d'urgence et de complexité du projet* », le bilan du recours à un contrat de partenariat lorsque celui-ci « *apparaît plus favorable que pour les autres contrats de la commande publique* » (cons. 9). Au premier abord, le recours à cette notion du bilan paraît simpliste, et, par suite, dangereuse eu égard à l'exigence constitutionnelle du caractère dérogatoire au droit commun de la commande publique. A l'examen, l'on observe la forte rationalisation de cette théorie par le juge constitutionnel. En effet, pour recourir légalement à la notion du bilan, trois conditions doivent être réunies. Tout d'abord, pour la réalisation du projet, il doit être tenu compte « *soit de ses caractéristiques, soit des exigences du service public dont la personne est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables* ». Ces critères doivent ensuite résulter et être prouvés à l'issue « *d'une analyse approfondie des avantages et des inconvénients* ». Enfin, le bilan doit être examiné au regard de « *l'intérêt du bon emploi des deniers publics, exigence de valeur constitutionnelle qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration de 1789* ». Le bilan ne peut être réalisé que strictement au regard de ces trois conditions réunies. Le recours au contrat de partenariat ne peut alors être possible que si le bilan « *apparaît plus favorable que pour les autres contrats de la commande publique* » (cons. 9).

Les petites et moyennes entreprises peuvent remercier les juges des deux ailes du Palais Royal. Echappant, jusqu'à nouvel ordre, au statut éternel de sous-traitants, elles auraient encore quelques beaux jours devant elles.