

**Commentaire de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003**

Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

La complexité du droit est régulièrement dénoncée par les plus hautes autorités de l'Etat.

Il faut donc sans cesse la combattre même si elle renaît toujours de ses cendres. C'est ce que le Gouvernement a décidé de faire en demandant au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances des mesures de simplification du droit d'une ampleur inédite.

Délibéré au Conseil des ministres du 19 mars 2003, le projet de loi portant habilitation du Gouvernement « à prendre par ordonnances des mesures de simplification et de codification du droit » (rebaptisé, à la faveur d'un amendement, « projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ») s'inscrit dans une démarche volontariste déjà ancienne des pouvoirs publics. Il s'agit de lutter contre « *la propension néfaste de notre droit à multiplier les règles, compliquer les procédures et allonger les délais* » (pour reprendre les termes de la déclaration de politique générale du Premier ministre).

Si cet effort de simplification n'est pas nouveau (et si, par nature, il doit être toujours recommencé), plus récent est le diagnostic qui semble désormais le fonder. La source essentielle des complications dont se plaignent nos concitoyens et nos entreprises dans leurs relations avec les collectivités publiques se trouve tout autant, sinon plus, dans la législation elle-même que dans la créativité perverse des bureaux, dans les carences de l'organisation des services ou dans la mauvaise volonté des préposés.

La prise de conscience de ce que l'origine de la complexité administrative réside pour une part déterminante dans la loi conduit dorénavant les pouvoirs publics à s'atteler à un vaste chantier rédactionnel, à dégager un champ de fouilles dont les textes de loi seraient les couches archéologiques.

Ainsi qu'il l'avait fait en 1999 pour la codification « à droit constant » (et renouvelant d'ailleurs ce mandat), le législateur de 2003 confie au pouvoir exécutif le soin de prendre des ordonnances destinées, pour toute une série de législations, à réécrire, simplifier, alléger, harmoniser le fond du droit. La codification « à droit constant » a d'ailleurs souvent tracé la voie des simplifications et harmonisations souhaitables.

La simplification du droit va au-delà de la « codification à droit constant », mais n'affecte pas plus que cette dernière l'ossature des législations en cause. Elle sert, comme la codification, l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité du droit, que le Conseil constitutionnel a qualifié de constitutionnel en le rattachant aux articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789 (n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136, cons. 13). Ces exigences ne seraient pas convenablement respectées si le droit présentait une complexité inutile.

Déjà, en 1999, le Conseil constitutionnel avait admis le recours à l'article 38 de la Constitution pour surmonter « l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ».

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

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

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

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

L'article 38 de la Constitution doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances et leur domaine d'intervention (n° 76-72 DC du 12 janvier 1977, Rec. p. 31, cons. 3 ; n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, Rec. p. 61, cons. 13 ; n° 86-208 DC, 1<sup>er</sup> et 2 juillet 1986, Rec. p. 78, cons. 18 et 27). Le Gouvernement n'est cependant pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra (n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136, cons. 12) et il ne lui est pas interdit de faire dépendre cette teneur des résultats de travaux et d'études dont il ne connaîtra que plus tard les conclusions (n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, Rec. p. 61, cons. 21).

Il est loisible au Parlement, soit à l'occasion du vote de la loi de ratification [Comme l'illustrent, dans un domaine proche de la codification, les amendements apportés, à l'occasion de leur ratification, à diverses ordonnances de 1998 prises en application de la loi n° 98-145 du 6 mars 1998 portant habilitation du Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures législatives nécessaires à l'actualisation et à l'adoption du droit applicable outre-mer (rapport n° 75 du Sénat, 16 novembre 1999; Sénat, débats, séance du 24 novembre 1999 ; loi n° 99-1038 du 9 décembre 1999, JO p.18509)], soit, de sa propre initiative, après l'expiration du délai imparti au Gouvernement en vertu du premier alinéa de l'article 38, d'amender le contenu des ordonnances.

En particulier, ni l'article 38, ni aucune autre disposition de la Constitution, ne fait obstacle à ce que le Parlement intervienne selon d'autres modalités que celle de l'adoption du projet de loi de ratification. Cette intervention peut résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement (n° 72-73 L, 29 février 1972, Rec. p. 31, cons. 3). La jurisprudence du Conseil d'Etat est dans le même sens (CE, 10 juillet 1972, Compagnie Air Inter, Leb. p. 537). Il n'est donc pas exclu que la modification par le Parlement des dispositions d'une ordonnance puisse résulter d'une loi qui, sans avoir la ratification pour objet direct, l'implique nécessairement. Saisi d'une loi de cette nature, le Conseil constitutionnel pourra dire si la loi comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution (n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, Rec. p. 8, cons. 24).

On notera enfin qu'une loi adoptée avant même l'expiration du délai d'habilitation peut régulièrement modifier et ratifier tacitement les dispositions d'une ordonnance, dès lors que le Gouvernement n'a opposé aucune irrecevabilité au cours de la discussion devant le Parlement

comme il aurait eu la faculté de le faire en vertu de l'article 41 de la Constitution (n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, Rec. p. 8, cons. 2, 12, 13 et 24).

Il reste que, tant par respect pour les droits du Parlement que pour des raisons de sécurité juridique, l'examen effectif des lois de ratification doit se faire dans des délais raisonnables.

Les motions de procédure présentées au Parlement, comme la vive polémique qui a marqué les débats, annonçaient un recours contre la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

La saisine a été enregistrée le 13 juin 2003, soit trois jours après l'adoption définitive du texte. Signée par plus de soixante sénateurs, elle mettait en cause l'ampleur excessive de l'habilitation, ainsi que sept articles de la loi attaquée.

Quels griefs soulevaient les sénateurs requérants ?

D) Un grief général, repris de façon récurrente à l'encontre de plusieurs articles du texte, était tiré de l'imprécision de la loi.

Selon ce grief, la loi déferée était entachée d'une trop grande imprécision ; elle touchait à des matières qui, par leur importance, ne pouvaient faire l'objet d'une habilitation qu'au prix d'un encadrement beaucoup plus strict ; les exigences constitutionnelles sous-jacentes aux domaines sur lesquels porte la délégation seront méconnues, était-il soutenu, faute pour la loi d'habilitation d'en prohiber expressément la transgression ; par son silence, la loi critiquée permettrait aux auteurs des ordonnances de violer la Constitution.

Cette argumentation générale était doublement inopérante.

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

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

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

Certes, par le nombre des matières traitées, la présente loi d'habilitation est assez inhabituelle. Mais elle reste en deçà de la plupart des textes antérieurs quant à l'intensité des modifications que, pour chacun des dispositifs d'habilitation adoptés, le pouvoir exécutif est habilité à opérer.

Pour ne prendre que quelques exemples de lois d'habilitation soumises au contrôle de constitutionnalité :

- La loi n° 82-3 du 6 janvier 1982 autorise le Gouvernement notamment à « *opérer une première réduction significative de la durée du travail pour atteindre l'objectif d'une*

*durée hebdomadaire de trente-cinq heures en 1985* », à « modifier la législation relative aux régimes de retraite et d'assurance vieillesse en vue de permettre aux salariés de bénéficier dès l'âge de soixante ans, s'ils remplissent certaines conditions de durée d'assurance et d'activité, d'une retraite de base à taux plein », à « limiter, en fonction de l'âge, des revenus et du nombre de personnes à charge, la possibilité de cumul entre une pension de retraite et le revenu d'une activité professionnelle » etc.

- La loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorise le Gouvernement, « pour assurer aux entreprises une plus grande liberté de gestion et définir un nouveau droit de la concurrence, à modifier ou abroger certaines dispositions de la législation économique relatives aux prix et à la concurrence, notamment celles des ordonnances n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix et n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique », ou à « apporter aux dispositions des titres Ier et III du livre III du code du travail les modifications propres à améliorer le placement des demandeurs d'emploi », ou encore à « apporter aux dispositions du code du travail les modifications permettant, d'une part, de lever certains obstacles au recours au contrat de travail à durée déterminée et au travail temporaire et, d'autre part, de favoriser l'exercice du travail à temps partiel » etc.

Il suffit de se reporter aux formulations retenues par la loi déferée pour constater que la portée de la délégation est, pour chacune des habilitations en cause, beaucoup plus limitée que ces précédents.

En outre, la finalité de la délégation est ici plus modeste : il ne s'agit pas de donner de nouvelles orientations à la politique économique ou sociale, comme dans les exemples ci-dessus, mais d'aménager à la marge le droit existant afin de rendre moins astreignant sur le plan formel et procédural le respect de législations dont l'économie générale n'est nullement remise en cause. Les travaux parlementaires témoignent surabondamment des limites de l'exercice ainsi confié aux auteurs des futures ordonnances.

Le recours à l'article 38 de la Constitution pour prendre des ordonnances tendant à simplifier la législation n'est donc pas critiquable.

2) La saisine méconnaissait également que le silence de la loi d'habilitation ne peut permettre au pouvoir exécutif de s'écarter du « bloc de constitutionnalité » lors de l'élaboration des ordonnances.

Une loi d'habilitation ne saurait avoir pour objet ou pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle.

Il appartient donc au Conseil constitutionnel, d'une part, de vérifier que la loi d'habilitation ne comporte aucune disposition qui donnerait licence au Gouvernement de s'affranchir de ces règles et principes, d'autre part, de n'admettre la conformité à la Constitution de la loi d'habilitation qu'à condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution. Cette « grille de lecture » des lois d'habilitation résulte des considérants 14 et 15 de la décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986 (loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, Rec. p. 61) et le Conseil constitutionnel s'y est toujours tenu.

Il en résulte qu'une habilitation dont le libellé autoriserait une brèche dans le bloc de constitutionnalité doit être censurée. Mais il en résulte également que l'habilitation n'a pas à énoncer expressément toutes les exigences constitutionnelles que les ordonnances prises sur son fondement devront respecter. Le silence de la loi d'habilitation sur ces exigences doit être interprété comme les réservant.

Aussi est-ce sans préjudice de l'observation de telles exigences que les auteurs des ordonnances feront usage de l'habilitation. Le contrôle de leur respect est en quelque sorte reporté en aval du processus d'habilitation et c'est bien normal, puisque le contenu des ordonnances ne sera cristallisé que postérieurement au vote de l'habilitation. Ce contrôle incombera, selon les cas, au Conseil d'Etat dans ses formations consultatives (examen des projets d'ordonnance), au Conseil d'Etat dans ses formations contentieuses (avant ratification), ou au Conseil constitutionnel (saisi d'une loi de ratification).

Sont en conséquence inopérants à l'encontre d'une loi d'habilitation les griefs tirés de ce que, à défaut de précisions le prévoyant expressément, cette loi n'aurait pas par avance interdit aux ordonnances toute infraction à une exigence constitutionnelle.

## **II) L'article 5**

Aux termes de l'article 5 de la loi déférée :

*« Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans le respect de la transparence et de la bonne information du public :*

*1° Les mesures nécessaires pour rendre compatibles avec le droit communautaire les dispositions législatives relatives à la passation des marchés publics ;*

*2° Les mesures permettant de clarifier les règles applicables aux marchés passés par certains organismes non soumis au code des marchés publics ;*

*3° Les mesures permettant d'alléger les procédures de passation des marchés publics pour les collectivités territoriales. »*

Six griefs étaient présentés à l'encontre de cet article :

**1)** Les requérants reprochaient tout d'abord au 1° de l'article 5 de manquer à la précision qui doit caractériser la finalité d'une habilitation. Cette imprécision tenait, selon eux, à ce que le droit communautaire auquel se réfère la disposition critiquée était encore en formation à la date de l'habilitation.

On sait en effet que les diverses directives relatives aux marchés publics sont en cours de refonte. Il n'est pas exclu qu'à la date à laquelle elle (ou elles) sera (ou seront) prise(s), les ordonnances mettant en œuvre l'habilitation critiquée se réfèrent à des directives communautaires intervenues d'ici là.

La refonte des procédures communautaires applicables aux marchés publics passe par deux directives qui, bien que « sur le métier » depuis quelques années, n'ont pas été encore adoptées à ce jour :

- la première est relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux ;
- la seconde porte coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie et des transports.

L'objectif de la commission européenne est de clarifier les procédures actuelles, de les adapter aux besoins nouveaux et d'assouplir sans perdre en transparence.

Or les deux propositions de directives ont été transmises le 24 juillet 2000 aux deux assemblées parlementaires françaises sur le fondement de l'article 88-4 de la Constitution et leur contenu est aujourd'hui largement stabilisé. Le moyen tiré de l'imprécision du domaine de l'habilitation manquait donc en fait.

2) Le 1° de l'article 5 était également jugé contraire par la saisine à l'article 88-4 de la Constitution qui associe le Parlement à l'élaboration des actes communautaires.

Mais on ne voyait pas, sur le plan théorique, où pouvait se situer la contradiction dénoncée. En vertu de l'article 88-4 de la Constitution, les propositions de directives sont soumises au Parlement français et celui-ci peut faire usage de ses prérogatives constitutionnelles. En particulier, les représentants de la France au sein des instances communautaires peuvent influencer sur l'élaboration desdites directives dans un sens conforme à la position prise à l'Assemblée nationale ou au Sénat. Ce n'est qu'une fois adoptées et entrées dans l'ordonnancement juridique communautaire, que ces directives pourront et devront être prises en compte par les autorités publiques françaises.

Rappelons en effet qu'en vertu de l'article 249 du Traité sur l'Union européenne consolidé : « *La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ». La France aura donc l'obligation de transposer dans son droit interne les nouvelles directives lorsqu'elles auront été adoptées.

En l'espèce, si l'adoption des nouvelles directives « marchés » n'intervient qu'après l'expiration du délai d'habilitation, c'est le droit communautaire actuel que devront prendre en compte les ordonnances. Il sera évidemment impossible à celles-ci d'anticiper sur un droit communautaire en cours d'élaboration.

3) A l'encontre du 3° de l'article 5 de la loi déferée, les requérants soutenaient que « *la notion d'allègement des procédures de passation des marchés publics ne répond à aucune finalité précisément définie et manque de tout début de précision sur sa portée* ».

L'exigence de précision résultant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel quant à la finalité d'une habilitation n'est toutefois pas méconnue en l'espèce.

Les débats parlementaires à l'issue desquels a été voté l'article 5 permettent de cerner la portée véritable de l'habilitation critiquée. Ils montrent en effet qu'elle est restreinte aux procédures de délibération internes aux collectivités territoriales.

Le 3° de l'article 5 trouve son origine dans un amendement présenté en première lecture au Sénat (séance du 6 mai 2003) et dont l'un des auteurs, M. Gérard Braun, a ainsi délimité l'objet :

« L'objet du présent amendement est de permettre au Gouvernement d'adapter le code général des collectivités territoriales en vue d'accélérer les procédures de passation des marchés publics par les collectivités territoriales, et ce à deux égards.

*Il s'agit, d'une part, d'alléger les procédures. Aujourd'hui, une double délibération de l'assemblée est nécessaire. L'objectif serait donc de permettre au responsable exécutif d'une collectivité territoriale de signer tout marché ou acte s'y rattachant qui aurait uniquement fait l'objet d'une décision de la commission d'appel d'offres après qu'une seule décision préalable de l'assemblée délibérante ait été prise pour l'engagement de l'opération concernée.*

*Il s'agit, d'autre part, d'éviter certains doublons. La commission d'appel d'offres est, en effet, désignée selon une répartition proportionnelle ; elle est donc parfaitement représentative des élus et des tendances politiques qui constituent l'assemblée. »*

4) Selon la saisine, le 3° de l'article 5 méconnaissait l'article 72 de la Constitution, qui consacre le principe de libre administration des collectivités territoriales, en « *faisant passer, en substance, tout le droit de leurs marchés publics dans la main du pouvoir exécutif* ».

Cette affirmation se heurtait à une triple objection :

- En premier lieu, on peut regarder la mesure critiquée, par sa portée limitée, comme un ajustement aux collectivités territoriales des dispositions applicables aux marchés de l'Etat. Or de tels ajustements relèvent d'ores et déjà du domaine réglementaire en raison du décret-loi du 12 novembre 1938 (CE, Ass. 5 mars 2003, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris) ;

- En deuxième lieu, les « *principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources* », visés à l'article 34 de la Constitution, ne sont pas exclus, comme on l'a rappelé plus haut, du champ d'application de l'article 38. Seule serait inaccessible à une habilitation la modification de règles organiques régissant les compétences, l'organisation ou le fonctionnement des institutions propres à la Nouvelle-Calédonie ou aux collectivités d'outre-mer mentionnées à l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction issue de la révision constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 ;

- Enfin, la portée du 3° de l'article 5 (dont l'explicitation par M. Braun n'a été remise en cause au cours des débats ni par le Gouvernement, ni par quiconque) est beaucoup plus restreinte que ce que donne à penser la saisine et, en tout état de cause, ce 3° est favorable à la libre administration des collectivités territoriales.

5) Les deux derniers moyens soulevés contre le 3° de l'article 5 invoquaient une rupture d'égalité (dans l'accès à la commande publique), ainsi qu'une violation de l'article 14 de la Déclaration de 1789 (relatif à la nécessité des dépenses publiques).

L'atteinte aux exigences constitutionnelles ainsi invoquées ne résultait pourtant nullement de la disposition critiquée.

En tout état de cause, comme il a été dit au I, la violation de règles ou de principes constitutionnels par les ordonnances prises en vertu de l'article 5 de la loi déferée ne pourrait trouver dans l'habilitation aucune immunité contentieuse et il appartiendrait de la censurer à

l'institution compétente : Conseil d'Etat pour les ordonnances, Conseil constitutionnel pour leur ratification.

### III) L'article 6

L'article 6 de la loi déferée a trait à la simplification de la commande publique. Il habilite le Gouvernement à aménager le régime juridique des contrats existants et à créer de nouvelles formes de contrats.

Aux termes de l'article critiqué : « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour modifier la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée et créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour 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 de ces différentes missions. Ces dispositions déterminent les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public. Elles peuvent étendre et adapter les dispositions prévues au I de l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, aux articles L. 34-3-1 et L. 34-7-1 du code du domaine de l'Etat et aux articles L. 1311-2 et L. 1311-4-1 du code général des collectivités territoriales à d'autres besoins ainsi qu'à d'autres personnes publiques. Elles prévoient les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans aux contrats prévus au présent article* ».

On notera que cette habilitation ne porte pas sur le code des marchés publics. En vertu d'une jurisprudence convergente du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat [CC, n° 2002-460 DC du 22 août 2002, cons. 11 ; CE, Ass., 5 mars 2003, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris], les règles de passation des marchés de l'Etat relèvent en effet du décret. De plus, le décret loi de 1938 permet de transposer par décret aux collectivités territoriales, moyennant les ajustements nécessaires, les dispositions applicables aux marchés de l'Etat. De fait, une réforme est en cours qui empruntera la forme d'un décret en Conseil d'Etat. Cette refonte du code des marchés publics, de nature réglementaire, est totalement indépendante de la loi d'habilitation. Le Conseil constitutionnel devait juger l'article 6 de la loi d'habilitation et non le décret en Conseil d'Etat réformant le code des marchés publics.

Il faut également souligner que la rédaction finalement retenue pour l'article 6, adoptée à la suite d'amendements sénatoriaux, si elle autorise toujours le Gouvernement à prévoir des dérogations à la loi « MOP » de 1985 ne n'habilite plus, comme dans le projet initial, à « aménager le régime des contrats existants » tels que marchés publics et délégations de service public. La portée de l'habilitation a donc été sensiblement restreinte au cours des débats, ce qui devrait atténuer d'autant les risques de « dérégulation ».

Il ne s'agit plus que d'étendre ou d'adapter les dérogations instituées par la loi du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure à d'autres besoins et à d'autres organismes publics, ainsi que de créer de nouveaux types de contrats entre personnes publiques et privées. Ces nouvelles catégories de contrats coexisteront avec les catégories de contrats actuelles, mais ne se substitueront pas à ces dernières.



En définitive, l'article 6 de la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit soulevait, outre les questions déjà tranchées par le Conseil constitutionnel en août 2002 à propos de l'article 3 de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure et de l'article 3 de la loi d'orientation et de programmation pour la justice :

- Le problème de l'extension des dispositions des lois de l'été 2002 à la réalisation d'équipements ou à la gestion de services non prévus par ces textes ;
- Celui de la possibilité ouverte aux auteurs des ordonnances, moyennant certaines précautions, de créer de nouveaux types de contrats pour la réalisation d'équipements publics ou la gestion de services publics.

A l'encontre de ces dispositions, la saisine sénatoriale invoquait quatre moyens :

- imprécision de l'habilitation ;
- violation du principe de libre administration des collectivités territoriales ;
- atteinte à la continuité des services publics ;
- atteinte aux principes constitutionnels applicables à la commande publique.

Ont été écartés comme suit les trois premiers d'entre eux :

- Tant les propres termes de l'article 6 que les travaux parlementaires à l'issue desquels a été arrêtée sa rédaction définitive conduisent à constater que l'habilitation est suffisamment précise au regard des exigences de l'article 38 de la Constitution.

Le domaine de l'habilitation est clairement circonscrit ainsi qu'on vient de le voir : étendre à de nouveaux besoins et à d'autres personnes publiques les dérogations au droit commun de la commande publique déjà prévues par la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ; définir de nouvelles catégories de contrats à côté des marchés publics et des délégations de service public ; modifier la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985.

La finalité de ces mesures n'est pas moins claire : rendre plus aisées la conclusion et l'exécution des contrats passés entre collectivités publiques et personnes privées en vue de concevoir, de réaliser, d'aménager ou de financer un équipement public ou de fournir un service public.

- S'agissant de la libre administration des collectivités territoriales, on ne pouvait que relever (comme pour l'article 5) que la matière des contrats passés par ces collectivités avec des personnes privées en vue de réaliser un équipement ou de fournir une prestation n'est en rien exclue du champ d'application de l'article 38 de la Constitution et qu'aucune disposition de l'article 6 ne porte atteinte au principe de libre administration.

- Le principe de continuité des services publics est sauf puisque les dispositions critiquées imposent elles-mêmes aux ordonnances d'assurer le respect des exigences du service public. La première de ces exigences est la continuité, dont on oublie trop souvent la valeur constitutionnelle (par exemple : n° 79-105 du 25 juillet 1979, Rec. p. 33, cons. 1).

Restait le dernier moyen articulé par les requérants contre l'article 6 (atteinte aux exigences constitutionnelles applicables à la commande publique). C'était le plus conséquent de la saisine.

A la différence d'autres moyens du recours, celui-ci n'était pas inopérant car il ne se bornait pas à instruire un procès d'intention contre les futures ordonnances. C'était à l'objet même de l'article 6 qu'il s'en prenait : déroger à la distinction des prestataires prévue par la loi « MOP » de 1985 ; permettre un partenariat public-privé en dehors des procédures des marchés publics et des délégations de service public ; étendre à de nouveaux besoins les dispositions dérogatoires de la loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure.

L'examen de ce grief était conditionné par celui des dérogations admises en août 2002 aux règles de droit commun de la commande publique, lorsque ces règles sont susceptibles de garantir le respect de principes constitutionnels (article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure ; article 3 de la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice).

Quelles conclusions tirer des décisions [Voir leur commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 13] n° 2002-460 DC du 22 août 2002 (Rec. p. 198, cons. 2 à 19) et 2002-461 DC du 29 août 2002 (Rec. p. 204, cons. 2 à 9) en ce qui concerne l'article 6 de la loi d'habilitation à simplifier le droit ?

Elles se déduisaient assez naturellement de la motivation sous-jacente à ces décisions :

- Les dérogations aux règles usuelles relatives à la commande publique, lorsqu'elles garantissent le respect de principes constitutionnels (égalité entre fournisseurs des services publics, bon emploi des deniers publics, protection des propriétés publiques), sont admissibles dans la mesure où elles se trouvent justifiées par d'autres exigences constitutionnelles (continuité des services publics, nécessité d'agir avec célérité en vue d'assurer la protection de la santé ou de l'ordre publics...) ou par des considérations d'intérêt général (nécessité d'assurer une unité de conception de l'ouvrage lorsque ses caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques le requièrent).

- En l'espèce, l'extension des dérogations déjà prévues par les lois de l'été 2002 est justifiée, compte tenu des exigences du Préambule de 1946 et du retard criant accumulé en la matière, pour les hôpitaux et pour la plupart des équipements sociaux ou médico-sociaux (on songe par exemple aux établissements d'accueil des personnes âgées dépendantes ou des handicapés, ou des centres d'hébergement et de réinsertion des marginaux) ;

- S'agissant des autres besoins, ou bien des dérogations aux règles habituelles de la commande publique que la loi d'habilitation autorise le Gouvernement à édicter sous la forme de contrats d'un type nouveau, il ne convient d'infléchir les règles garantissant l'égalité devant la commande publique, la protection des propriétés publiques et le bon usage des deniers publics que pour des motifs tenant à l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général, ou liés à la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service public déterminé ;

- A cet égard, les précautions prises par le législateur pour encadrer les dérogations possibles au droit commun de la commande publique ne sont pas négligeables. Les ordonnances devront en effet « *déterminer les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect*

*des exigences du service public » et prévoir « les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans aux contrats prévus au présent article ».*

- Le caractère cependant trop vague de cette formulation commandait, dans l'esprit de la jurisprudence d'août 2002, de compléter la « feuille de route » du pouvoir exécutif par la condition suivante : les dérogations prévues par les ordonnances devront être en rapport avec des motifs d'intérêt général tels que ceux qui ont été mentionnés ci-dessus.

#### **IV) L'article 7**

Aux termes de l'article 7 de la loi déferée :

*« I. - Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toutes mesures modifiant le code général des impôts et le livre des procédures fiscales pour :*

*1° Abroger les dispositions fiscales devenues sans objet et adapter celles qui sont obsolètes ;*

*2° Elargir les possibilités et assouplir les modalités d'option pour des régimes fiscaux spécifiques ;*

*3° Simplifier les démarches des usagers en allégeant ou supprimant des formalités de déclaration ou de paiement de certains impôts et simplifier les modalités de recouvrement de l'impôt par l'administration fiscale ;*

*4° Clarifier la formulation d'actes administratifs résultant de dispositions de forme législative et relative à l'assiette ou au recouvrement de l'impôt.*

*II. - Les ordonnances prises dans le cadre du présent article ne pourront donner lieu à des dépenses fiscales nouvelles ».*

La saisine sénatoriale estimait cette habilitation contraire à l'égalité devant l'impôt, ainsi qu'aux droits de la défense, faute de comporter toutes les garanties nécessaires à la sauvegarde de ces principes.

Comme il a été dit à plusieurs reprises, un tel moyen était inopérant dès lors que l'article 7 ne contrevient ni par lui-même, ni par ses nécessaires conséquences, à aucun principe constitutionnel. Il appartiendra seulement au Conseil d'Etat (avant ratification) ou au Conseil constitutionnel (saisi de la loi de ratification) de veiller à leur respect.

Les requérants jugeaient aussi une telle habilitation insuffisamment précise. Mais la lecture de l'article 7, éclairée par les travaux parlementaires, montre qu'il n'en est rien. On notera en particulier que le fond du droit fiscal n'est pas en cause et que les auteurs des ordonnances ne pourront en aucun cas supprimer quelque imposition que ce soit.

D'autres dispositifs d'habilitation, pourtant plus ambitieux et moins encadrés, sont intervenus en matière fiscale et le Conseil ne les a pas jugés inconstitutionnels.

Ainsi, la loi n° 95-1348 du 30 décembre 1995 autorisant le Gouvernement à réformer la protection sociale l'habilite à prendre, par ordonnances, toutes mesures "instituant des prélèvements faisant contribuer au financement de la protection sociale et à l'équilibre financier des organismes qui y concourent les entreprises exploitant des spécialités pharmaceutiques, celles qui effectuent des versements au profit de leurs salariés au titre de la

*prévoyance, et les débiteurs des organismes de sécurité sociale, au titre des frais engagés pour le recouvrement des sommes dues".*

Or cette disposition a été jugée conforme à la Constitution (n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, Rec. p. 269, cons. 18 à 31).

#### V) L'article 18

Comme le résumait M. Saugey, rapporteur du texte pour le Sénat, cet article autorise le Gouvernement à modifier, par ordonnances, les dispositions législatives applicables en matière électorale pour simplifier les formalités que les candidats aux élections politiques doivent accomplir, qu'il s'agisse de la participation à la campagne radiotélévisée des élections législatives, du dépôt des déclarations de candidatures pour les élections municipales et l'élection des députés, des règles relatives au rattachement des candidats aux élections législatives à un parti politique pour faire bénéficier ce dernier du versement de l'aide publique, du versement par les candidats d'un cautionnement ou des modalités de dépôt et de contrôle des comptes de campagne. L'article 18 tend également à alléger les modalités d'organisation de certaines élections, telles que les modalités de convocation pour les élections municipales et législatives ou le régime de démission d'office des conseillers généraux et régionaux.

Sur un certain nombre de points, les ordonnances qui seront prises en application de l'article 18 permettront de mettre en oeuvre les réformes préconisées par le Conseil constitutionnel, dans ses récentes observations sur le contentieux des élections législatives de 2002 (J.O. du 21 mai 2003, p. 8694), en matière de financement des campagnes électorales.

L'habilitation se heurtait, selon les requérants, à ce que le droit électoral met en jeu des principes constitutionnels sensibles (le pluralisme, s'agissant des campagnes audiovisuelles ; le respect du contradictoire, s'agissant du contrôle des comptes de campagne) et qu'elle aurait donc dû prévoir expressément des garanties interdisant la méconnaissance de tels principes.

On a déjà exposé plus haut (I) pourquoi un tel grief était inopérant, dès lors -ce qui est le cas en l'espèce- que le texte d'habilitation ne contrevient ni par lui-même, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, aux exigences constitutionnelles invoquées par les sénateurs requérants.

#### VI) L'article 25

Un grief semblable était adressé à l'article 25 qui tend à l'allègement des formalités résultant de la législation du travail.

Le droit du travail ayant une vocation protectrice, l'habilitation, soutenaient les requérants, aurait dû comporter des précisions destinées à prévenir toute difficulté, notamment au regard du principe d'égalité.

A nouveau, le grief devait être rejeté comme inopérant. L'habilitation ne peut être ni comprise ni appliquée comme permettant de déroger au principe constitutionnel d'égalité, ni à aucun autre principe de valeur constitutionnelle applicable en droit du travail.

En tout état de cause, l'article 25, dont la formulation est précise, et qui prévoit des mesures d'harmonisation, d'allègement des formalités et d'adaptation très « ciblées », ne bouleverse aucun pan de la législation du travail. Il est exclu par exemple de substituer un seuil unique à deux seuils pré-existants si ceux-ci ne sont pas déjà voisins.

S'il a pu susciter des appréhensions, voire faire dénoncer des arrière-pensées, cet article n'appelle pas de critique de constitutionnalité.

#### **VII) L'article 26**

L'article 26 habilite le Gouvernement à prendre dix séries de mesures liées au droit commercial. Il s'agit, pour l'essentiel, de mettre un terme à des rigidités ou à des archaïsmes préjudiciables à l'exercice des professions.

Était exclusivement contesté par la saisine le 10° de l'article 26 qui autorise le Gouvernement à : « *instituer une procédure accélérée pour l'examen, par le Conseil de la concurrence, des affaires inférieures à un seuil déterminé et relever le seuil du chiffre d'affaires des entreprises soumises au contrôle des opérations de concentration* ».

Pour les requérants, cette habilitation était « *insuffisamment précise dès lors que le relèvement du seuil du chiffre d'affaires des entreprises soumises au contrôle des opérations de concentration n'est encadré par aucun critère objectif. Or, considérant l'importance d'une telle mesure sur tout un pan du droit applicable à la vie économique, cette indétermination ne permet pas de regarder cette disposition comme précisant la finalité réelle.* »

L'article 38 de la Constitution n'est pas enfreint du seul fait que, la question du niveau du seuil étant significative, la loi d'habilitation aurait dû en déterminer les critères de fixation.

Une telle argumentation tend en réalité à refuser l'utilisation de l'article 38 de la Constitution dès lors qu'une matière est importante. Tout au moins, une telle argumentation conduit à préfigurer largement le texte de l'ordonnance dans celui de la loi d'habilitation.

Dans un cas comme dans l'autre, c'est refuser d'admettre la volonté du constituant de 1958. Celui-ci a entendu permettre au Parlement de déléguer au pouvoir exécutif des matières législatives. Aussi le Conseil constitutionnel a-t-il rappelé à plusieurs reprises que le Gouvernement « *n'est pas tenu de faire connaître la teneur des ordonnances qu'il prendra* » (n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136, cons. 12). Cela vaut a fortiori pour la loi d'habilitation elle-même. Si celle-ci devait tout dire pourquoi d'ailleurs recourir à l'article 38 ? Il serait en outre de mauvaise administration de préjuger, dans la loi d'habilitation, de questions complexes qui ne pourront être correctement élucidées qu'en mettant à profit le délai d'habilitation.

#### **VIII) L'article 34**

Cet article autorise le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, les dispositions législatives nécessaires pour modifier, compléter et codifier les législations relatives :

- aux métiers et à l'artisanat ;
- au domaine public et privé de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics ;
- à la défense.

En outre, une ordonnance pourra également compléter et modifier le code monétaire et financier.

L'article 34 autorise donc le Gouvernement à réaliser une codification « à droit non constant ».

Il ne s'agit pas pour autant de transformer de fond en comble les législations concernées. Les auteurs des ordonnances de codification sont seulement invités à adapter le droit existant à l'évolution des circonstances de droit ou de fait, à abroger des dispositions obsolètes et à opérer des remaniements ponctuels, lesquels consisteront tout au plus à modifier les règles dont la pratique aurait révélé le caractère incontestablement inadéquat.

La saisine opposait à cette habilitation l'argument selon lequel, le Conseil constitutionnel ayant délimité le champ de la « codification à droit constant » par sa décision du 16 décembre 1999 (relative à la loi habilitant le Gouvernement à codifier par ordonnances), il est désormais impossible au Parlement de déléguer au pouvoir exécutif une codification « à droit non constant ». La portée du précédent de 1999 n'est évidemment pas d'interdire au législateur d'habiliter le Gouvernement à réaménager une législation, notamment en codifiant « à droit non constant ».

\*

\* \*

En conclusion, le Conseil constitutionnel a :

- rejeté l'ensemble de la saisine, tout en émettant une réserve d'interprétation directive (dont le destinataire est l'auteur des ordonnances) à propos de l'article 6 ;
- Sans examiner d'office aucune disposition, et notamment pas la constitutionnalité du contenu des nombreux codes ratifiés par l'article 31 de la loi déférée. Une telle tâche eût été matériellement hors de portée du Conseil constitutionnel dans le délai que lui impose la Constitution pour statuer.