

Décision n° 2004-506 DC

2 décembre 2004

SIMPLIFICATION DU DROIT

DOSSIER DOCUMENTAIRE

Source : services du Conseil constitutionnel ©2004

TABLE DES MATIÈRES

I. ARTICLE 38 DE LA CONSTITUTION	3
II. GRIEFS METTANT EN CAUSE LES ARTICLES D’HABILITATION DANS LEUR ENSEMBLE.....	4
❑ Conseil constitutionnel, décision n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit	4
- Sur la loi dans son ensemble :	4
- Sur l'article 5 :	5
- Sur l'article 6 :	6
- Sur les articles 7, 18, 25 et 26 :	7
- Sur l'article 34 :	8
Décide :	8
❑ Conseil constitutionnel, décision n° 81-134 DC, 5 janvier 1982, loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social	8
❑ Conseil constitutionnel, décision n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes	9
❑ Conseil constitutionnel, décision n° 95-370 DC, 30 décembre 1995, loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale.....	10
❑ Conseil constitutionnel, décision n° 84-170 DC, 4 juin 1984, loi portant ratification des ordonnances prises en application de la loi n° 83-332 du 22 avril 1983 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, diverses mesures financières	10
❑ Conseil constitutionnel, décision n° 83-156 DC, 28 mai 1983, loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse.	12
III. LES « PARTENARIATS PUBLIC PRIVE »	14
A. CONSEIL D’ÉTAT, 29 OCTOBRE 2004, « M. SUEUR ET AUTRES ».....	14

C o n s e i l c o n s t i t u t i o n n e l

- Sur l'étendue du litige :	14
- Sur la légalité de l'ordonnance attaquée, sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité des requêtes :	15
- En ce qui concerne le principe du contrat de partenariat :	15
- En ce qui concerne les cas de recours aux contrats de partenariat :	15
(...):	16
- En ce qui concerne l'accès des petites et moyennes entreprises et des architectes aux contrats de partenariat :	17
- En ce qui concerne les autres dispositions de l'ordonnance attaquée : ..	18
B. RATIFICATION DE PLUSIEURS ARTICLES DE L'ORDONNANCE	21
<input type="checkbox"/> Article 153 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.....	21
1 Ratification implicite	22
<input type="checkbox"/> Conseil constitutionnel, décision n° 72-73 L, 29 février 1972, nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises	22
<input type="checkbox"/> Conseil constitutionnel, décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence (Conseil de la concurrence)	23
<input type="checkbox"/> Conseil d'État, 10 juillet 1972, « Compagnie Air Inter »	23
<input type="checkbox"/> Cour de cassation, 6 octobre 1992	25
2 Question de la conformité à la Constitution des articles déjà ratifiés.....	25
<input type="checkbox"/> Conseil constitutionnel, décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances.....	25
<input type="checkbox"/> Conseil constitutionnel, décision n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002, loi de finances pour 2003	26
C. DISPOSITIONS DE L'ORDONNANCE RATIFIEES POUR LA PREMIERE FOIS.....	27
1 Sur l'article 2 de l'ordonnance	27
<input type="checkbox"/> Article L. 551-1 du code de justice administrative	27
2 Sur l'article 8 de l'ordonnance	27
<input type="checkbox"/> Conseil constitutionnel, décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980 , loi portant validation d'actes administratifs.....	27
<input type="checkbox"/> Conseil constitutionnel, décision n° 2002-460 DC, 22 août 2002, loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure (LOPSI)	28
<input type="checkbox"/> Conseil constitutionnel, décision n° 2002-461 DC, 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la justice (Loi Perben).....	29
3 Sur l'article 11 de l'ordonnance	30
<input type="checkbox"/> Conseil d'État, avis, 6 mars 1986, « Eurodisneyland ».....	30
<input type="checkbox"/> Loi 86-972, 19 août 1986, Article 9	32
<input type="checkbox"/> Article L. 311-6 du code de justice administrative	32
IV. TABLEAU DE BORD DES ORDONNANCES PRISES EN APPLICATION DE LA LOI N°2003-591 DU 2 JUILLET 2003 HABILITANT LE GOUVERNEMENT A SIMPLIFIER LE DROIT	33

I. 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'État. 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.

II. Griefs mettant en cause les articles d'habilitation dans leur ensemble

□ Conseil constitutionnel, décision n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL,

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le Traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le code du domaine de l'État ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le nouveau code des marchés publics ;

Vu la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;

Vu la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, en son article 3 ;

Vu la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-460 DC du 22 août 2002 ;

Vu les observations du Gouvernement, enregistrées le 20 juin 2003 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que les sénateurs auteurs de la saisine défèrent au Conseil constitutionnel la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit et contestent en particulier, en tout ou en partie, la conformité à la Constitution des articles 5, 6, 7, 18, 25, 26 et 34 ;

- Sur la loi dans son ensemble :

2. Considérant que, de façon générale, les requérants jugent imprécises et injustifiées les délégations prévues par la loi déferée ;

3. Considérant 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'État. 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." ;

4. Considérant, en premier lieu, que, si l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation ;

5. Considérant, en second lieu, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet, l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et "la garantie des droits" requise par son article 16 ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité inutile ; qu'à défaut, serait restreint l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles qui sont déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel "tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas" ;

- Sur l'article 5 :

6. Considérant que l'article 5 habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance, dans son 1°, "les mesures nécessaires pour rendre compatibles avec le droit communautaire les dispositions législatives relatives à la passation des marchés publics", ainsi que, dans son 3°, les mesures "permettant d'alléger les procédures de passation des marchés publics pour les collectivités territoriales" ;

(...)

10. Considérant, en troisième lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : "Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse" ;

11. Considérant, en quatrième lieu, que, si une loi d'habilitation ne peut prévoir l'intervention d'ordonnances dans les domaines réservés par la Constitution à la loi organique, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale, l'article 38 de la Constitution autorise le Parlement à déléguer au Gouvernement toute autre matière relevant de la loi ; que, par suite, doit être rejeté le grief tiré de ce que l'article 5 déléguerait une matière intéressant la libre administration des collectivités territoriales et méconnaîtrait, ce faisant, l'article 72 de la Constitution ;

12. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les griefs présentés à l'encontre de l'article 5 de la loi déferée ne sont pas fondés ;

- Sur l'article 6 :

13. Considérant que l'article 6 autorise le Gouvernement à modifier la loi du 12 juillet 1985 susvisée en instituant de nouvelles formes de contrats portant sur "la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions" ; que pourront être étendues et adaptées les dispositions prévues par l'article 3 de la loi du 29 août 2002 susvisée, qui ouvrent à une personne publique ou à une personne privée chargée d'une mission de service public la faculté de confier à la même personne la conception, la construction et l'aménagement d'un équipement public, de choisir son contractant en portant, en cas d'allotissement, un jugement global sur les offres concernant plusieurs lots, de délivrer à un opérateur privé une autorisation d'occupation temporaire du domaine public en le chargeant de construire des équipements publics qui seront pris à bail avec option d'achat anticipé, ainsi que de financer par crédit-bail de tels équipements ; qu'en vertu de l'habilitation, les ordonnances devront fixer "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" ;

14. Considérant que les requérants font grief à ces dispositions de ne pas préciser suffisamment la finalité de l'habilitation, d'intervenir dans le domaine législatif auquel renvoient les articles 72 et 72-1 de la Constitution, de porter atteinte au principe de continuité du service public et de méconnaître le principe d'égalité applicable au droit de la commande publique et aux services publics ;

15. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation contestée a pour finalité d'alléger les règles régissant la commande publique en vue de rendre plus aisées la conclusion et l'exécution des contrats passés avec des personnes privées pour la réalisation d'équipements ou la fourniture de services ; qu'ainsi, le grief tiré de ce que les finalités de l'habilitation seraient insuffisamment précises pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution doit être écarté ;

16. Considérant, en deuxième lieu, que, comme il a été dit ci-dessus, l'article 38 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que l'habilitation porte sur le domaine législatif auquel renvoient les articles 72 et 72-1 de la Constitution ;

17. Considérant, en troisième lieu, que l'article 6 dispose expressément que les ordonnances prises sur son fondement devront assurer le respect des exigences du service public ; que, par suite, le grief tiré de ce que cet article méconnaîtrait la continuité du service public manque en fait ;

18. Considérant, en quatrième lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs 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 ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; **que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun**

de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déferée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ;

19. Considérant, enfin, que l'article 6 ne saurait être entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté ;

20. Considérant que, sous les réserves d'interprétation énoncées aux deux considérants précédents, l'article 6 de la loi déferée n'est pas contraire à la Constitution ;

- Sur les articles 7, 18, 25 et 26 :

21. Considérant que l'article 7 autorise le Gouvernement à abroger ou adapter des dispositions fiscales frappées de désuétude ou devenues sans objet, à simplifier la déclaration et le paiement de certains impôts, à clarifier la formulation d'actes administratifs liés à l'assiette ou au recouvrement de l'impôt, ainsi qu'à assouplir les modalités d'option pour certains régimes fiscaux spécifiques ; que l'article 18 autorise le Gouvernement à modifier les dispositions législatives applicables en matière électorale pour simplifier les formalités que les candidats aux élections politiques doivent accomplir, à alléger les modalités d'organisation de certaines élections et à harmoniser le régime de démission d'office de certains élus ; que l'article 25 habilite le Gouvernement à prendre plusieurs mesures de simplification et de clarification de la législation relative au travail et à la formation professionnelle, afin d'alléger les formalités qui en résultent, en particulier en ce qui concerne le calcul des effectifs et l'harmonisation des seuils d'effectifs ; que l'article 26 l'autorise à prendre diverses mesures dans le domaine du droit commercial et notamment 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" ;

22. Considérant que les requérants soutiennent que ces habilitations manquent de précision et sont susceptibles de porter atteinte à des règles ou principes constitutionnels, tels que le principe d'égalité, les droits de la défense, le principe du contradictoire, le pluralisme des courants d'idées et d'opinions et la liberté de communication ;

23. Considérant, en premier lieu, que la finalité des autorisations accordées au Gouvernement par les articles 7, 18, 25 et 26 de la loi déferée et les domaines dans lesquels les ordonnances pourront intervenir, qui ne sauraient être ceux que la Constitution réserve à la loi organique, sont définis avec une précision suffisante pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution ;

24. Considérant, en second lieu, que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle ; qu'en l'espèce, les articles 7, 18, 25 et 26 ne sont ni par eux-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, contraires à ces principes ;

25. Considérant, dès lors, que les griefs présentés à l'encontre des articles 7, 18, 25 et 26 de la loi déferée doivent être rejetés ;

- Sur l'article 34 :

26. Considérant que l'article 34 autorise le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnances, les dispositions nécessaires pour modifier, compléter et codifier diverses législations, dont celles qui sont relatives au domaine public et privé de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;

27. Considérant que les auteurs de la saisine estiment que cette habilitation méconnaît l'article 38 de la Constitution en tant qu'elle déroge au principe de "la codification à droit constant" ;

28. Considérant que l'article 38 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que le législateur habilite le Gouvernement à modifier ou compléter un code existant dès lors que cette habilitation précise la finalité des mesures à prendre ;

29. Considérant, en l'espèce, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation accordée au Gouvernement par l'article 34 de la loi déferée en vue de modifier, de compléter et de codifier diverses législations tend, sans en bouleverser l'économie générale, à adapter ces législations à l'évolution des circonstances de droit et de fait, à abroger des dispositions désuètes et, le cas échéant, à modifier celles dont la pratique aurait révélé le caractère inadéquat ; que cette habilitation ne remet pas en cause la libre administration des collectivités territoriales ; qu'elle n'autorise pas le Gouvernement à priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public ; que ces exigences résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées ; que, dans ces conditions, l'article 34 de la loi déferée n'est pas contraire à l'article 38 de la Constitution ;

30. Considérant qu'il n'y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution,

Décide :

Article premier :

Sous les réserves énoncées dans les considérants 18 et 19, les articles 5, 6, 7, 18, 25, 26 et 34 de la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit sont déclarés conformes à la Constitution.

(...)

□ *Conseil constitutionnel, décision n° 81-134 DC, 5 janvier 1982, loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre social*

(...)

3. Considérant que cet article autorise le Gouvernement à prendre par ordonnances, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, toute mesure tendant à "modifier, pour permettre le dégagement d'emplois, les dispositions relatives aux pensions, aux retraites et à la cessation de l'activité des agents de l'État et de ceux des autres personnes morales de

droit public" et à "mettre en place, en tant que de besoin, des dispositions dérogatoires à titre temporaire"

4. Considérant que, contrairement à ce que soutiennent les auteurs de la saisine, une telle disposition, applicable, dans le cadre des régimes qui leur sont propres, aux agents liés à l'Etat ou à d'autres personnes morales de droit public, n'est pas contraire au principe d'égalité devant la loi ; qu'elle ne méconnaît pas davantage les dispositions de la Constitution relatives aux lois organiques dès lors que le texte soumis à l'examen du Conseil constitutionnel ne permet aucunement l'intervention d'ordonnances dans des matières que la Constitution réserve à de telles lois.

(...)

❑ **Conseil constitutionnel, décision n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes**

(...)

13. Considérant, en deuxième lieu, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, le Gouvernement a apporté au Parlement les précisions nécessaires en rappelant l'intérêt général qui s'attache à l'achèvement des neuf codes mentionnés à l'article 1er, auquel faisait obstacle l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire ; que cette finalité répond au demeurant à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; qu'en effet l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et " la garantie des droits " requise par son article 16 pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ; qu'une telle connaissance est en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5, aux termes duquel " tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas " ;

14. Considérant, en troisième lieu, que sont précisément définies, en l'espèce, les dispositions législatives faisant l'objet de l'habilitation, ainsi que les conditions dans lesquelles il sera procédé à leur adoption par voie d'ordonnances ; que l'autorisation donnée au Gouvernement de procéder à l'adoption de la partie législative des neuf codes mentionnés à l'article 1er de la loi déférée vise à la codification de dispositions législatives en vigueur au moment de la publication des ordonnances ; que le Gouvernement ne saurait donc apporter de modifications de fond aux dispositions législatives existantes ; que les seules exceptions prévues à ce principe sont limitées dans leur portée et sont strictement définies par la loi déférée ; que la référence à la hiérarchie des normes impose au Gouvernement de respecter la suprématie du traité sur la loi, énoncée à l'article 55 de la Constitution, ainsi que la distinction entre matières législatives et matières réglementaires déterminée par ses articles 34 et 37 ; qu'il résulte par ailleurs des termes de l'article 1er de la loi déférée, éclairés par les travaux préparatoires, que les modifications rendues nécessaires pour " harmoniser l'état du droit " doivent se borner à remédier aux incompatibilités pouvant apparaître entre des dispositions soumises à codification ;

15. Considérant, en quatrième lieu, que la loi d'habilitation ne saurait permettre l'intervention d'ordonnances dans des domaines réservés par les articles 46, 47, 47-1, 74 et 77

de la Constitution à la loi organique, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale ;

(...)

□ Conseil constitutionnel, décision n° 95-370 DC, 30 décembre 1995, loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale

(...)

. En ce qui concerne les dispositions de la loi relatives aux ressources fiscales :

18. Considérant que les requérants soutiennent que la loi d'habilitation contrevient à l'article 14 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen en autorisant le Gouvernement à créer, par voie d'ordonnance, des prélèvements de caractère fiscal ; qu'à l'appui de ce grief, ils font valoir que l'article 14 de la Déclaration de 1789 confère aux seuls citoyens, ou à leurs représentants, le pouvoir de consentir l'impôt, soit en créant de nouvelles impositions, soit en aggravant la charge de contributions existantes ; qu'ils soulignent que l'article précité instaure un principe spécial qui déroge en tant que tel à la règle générale posée par l'article 38 de la Constitution ;

19. Considérant qu'aux termes de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen: "Tous les citoyens ont le droit de constater par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée." ;

20. Considérant que si ces dispositions, réaffirmées par le Préambule de la Constitution de 1958, ont valeur constitutionnelle, les règles touchant à la compétence des représentants des citoyens qu'elles édictent, doivent être mises en oeuvre en fonction des dispositions de la Constitution qui fondent la compétence du législateur ;

21. **Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution "la loi fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures"; qu'il résulte de cet article que les dispositions fiscales sont au nombre de celles qui peuvent figurer dans une loi ; qu'elles peuvent donc être prises, par voie d'ordonnance,** dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, et qu'au regard des principes énoncés à l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, il appartient au Parlement, qui a consenti l'impôt lors du vote de la loi d'habilitation, de se prononcer sur les dispositions adoptées par ordonnance, lors de l'examen du projet de loi de ratification qui doit être déposé avant la date fixée par la loi ; que dès lors, le grief invoqué ne saurait être accueilli ;

(...)

□ Conseil constitutionnel, décision n° 84-170 DC, 4 juin 1984, loi portant ratification des ordonnances prises en application de la loi n° 83-332 du 22 avril 1983 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, diverses mesures financières

(...)

1. Considérant que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a pour objet de ratifier quatre ordonnances prises en vertu de la loi du 22 avril 1983 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, diverses mesures

financières ; qu'au nombre de ces ordonnances figure celle du 18 mai 1983 qui a modifié, au cours de l'année 1983, le tarif de la taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers, tel qu'il résultait notamment de l'article 23 de la loi de finances pour 1983 ;

2. Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que lorsqu'une disposition fiscale modifie, en cours d'année, le montant des ressources de l'Etat et, par suite, affecte l'équilibre économique et financier défini par la loi de finances de l'année, elle ne peut intervenir que dans une loi de finances rectificative ; que, faute de satisfaire à cette exigence, l'ordonnance du 18 mai 1983 méconnaît les dispositions des articles 1er, 2 et 4 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances et, par voie de conséquence, celles des articles 34 et 47 de la Constitution ; que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est donc, en tant qu'elle ratifie l'ordonnance du 18 mai 1983, entachée de la même inconstitutionnalité que celle-ci ;

3. Considérant que, si, aux termes de l'article 2, avant-dernier alinéa, de l'ordonnance du 2 janvier 1959 "seules des lois de finances, dites rectificatives, peuvent, en cours d'année, modifier les dispositions de la loi de finances de l'année", cette règle doit être rapprochée tant de l'article 34 de la Constitution en vertu duquel "la loi fixe les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures" que de l'article 1er de l'ordonnance du 2 janvier 1959, lequel précise que "les lois de finances peuvent également contenir toutes dispositions relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions de toute nature" ; qu'il résulte de l'ensemble de ces textes que les dispositions fiscales ne sont pas au nombre de celles qui sont réservées à la compétence exclusive des lois de finances et qu'elles peuvent figurer soit dans une loi ordinaire, soit dans une loi de finances, sans qu'il y ait à distinguer selon que ces dispositions affectent ou non l'exécution du budget de l'exercice en cours ; que, d'ailleurs, réserver aux seules lois de finances la création ou la modification d'une ressource fiscale en cours d'année limiterait, contrairement aux articles 39 et 40 de la Constitution, l'initiative des membres du Parlement en matière fiscale à un droit d'amendement puisque les lois de finances ne peuvent être présentées que par le Gouvernement ; qu'ainsi l'article 2, avant-dernier alinéa, de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959 ne faisait pas obstacle à la modification de la taxe intérieure sur les produits pétroliers par l'ordonnance du 18 mai 1983 ;

4. Considérant que n'y faisaient pas davantage obstacle les articles 1er, 2, 2e alinéa, et 4 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 ; qu'en effet, dans la mesure où elles placent dans la compétence des seules lois de finances la définition de l'équilibre économique et financier, la prévision et l'autorisation de l'ensemble des ressources de l'Etat ainsi que l'évaluation du rendement des impôts dont le produit est affecté à l'Etat, ces dispositions ne sauraient, lorsqu'il est recouru à la procédure législative ordinaire pour édicter une modification fiscale, avoir d'autre conséquence que l'obligation de prendre en compte dans une loi de finances rectificative ou, à tout le moins, dans la loi de règlement l'incidence budgétaire de la modification intervenue ; que cette obligation ne fait pas obstacle à ce qu'une loi édictant ou modifiant un impôt produise ses effets avant le dépôt de la loi de finances qui en traduira l'incidence sur l'équilibre du budget ; qu'ainsi l'ordonnance du 18 mai 1983 dont l'incidence sur l'équilibre du budget de 1983 a été intégrée dans la loi de finances rectificative du 24 décembre 1983, n'a méconnu aucune des exigences des articles 1er, 2, 2e alinéa, et 4 de l'ordonnance du 2 janvier 1959 ;

5. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'ordonnance du 18 mai 1983 et, donc, la disposition législative qui la ratifie sont conformes à la Constitution ;

6. Considérant qu'en l'espèce il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen,

(...)

❑ **Conseil constitutionnel, décision n° 83-156 DC, 28 mai 1983, loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse.**

(...)

1. Considérant que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a pour objet de ratifier, en les modifiant, l'ordonnance du 26 mars 1982 relative à l'abaissement de l'âge de la retraite des assurés du régime général et du régime des assurances sociales agricoles ainsi que l'ordonnance du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumuls entre pensions de retraite et revenus d'activités ;

2. Considérant que l'ordonnance du 30 mars 1982, ratifiée et modifiée par l'article 8 de la loi soumise à l'examen du Conseil, a pour objet de subordonner le paiement des pensions de retraite, prenant effet à partir de l'âge de soixante ans et postérieurement au 30 mars 1983, en ce qui concerne les salariés, à la cessation définitive de tout lien professionnel avec leur employeur, en ce qui concerne les fonctionnaires, à la cessation définitive de toute activité dans la collectivité publique auprès de laquelle ils étaient affectés et, en ce qui concerne les assurés non salariés, à la cessation définitive de l'activité qu'ils exerçaient au moment de la liquidation de leur pension ; qu'en outre, elle institue une contribution de solidarité au profit du régime national interprofessionnel d'aide aux travailleurs privés d'emploi ; que cette contribution, qui est assise sur la rémunération des travailleurs âgés de plus de soixante ans qui perçoivent une pension de vieillesse ou un avantage de réversion et exercent une activité professionnelle autre que celle qui était la leur au moment de la concession de leur pension, est à la charge pour moitié du salarié et pour moitié de son employeur ;

3. Considérant que les auteurs de la saisine soutiennent que "ces dispositions violent le principe de la liberté professionnelle en limitant les possibilités d'exercer un emploi et sont contraires au principe constitutionnel d'égalité, en pénalisant, sans justification, certaines catégories professionnelles" ;

Sur le principe de la liberté professionnelle :

4. Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques et détermine les principes fondamentaux du droit du travail ; qu'à ce titre, il lui appartient de poser les règles propres à assurer au mieux le droit pour chacun d'obtenir un emploi en vue de permettre l'exercice de ce droit au plus grand nombre possible d'intéressés ; qu'ainsi, sans violer aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle, la loi soumise à l'examen du Conseil a pu, dans son article 8, poser des règles interdisant le cumul de pensions de retraite et de certaines activités et prévoir que le cumul d'une pension et d'une activité salariée, dans les cas où il est autorisé, donne lieu à une contribution de solidarité assise sur les salaires ;

Sur le principe d'égalité :

5. Considérant que si les activités énoncées à l'article 3 bis de l'ordonnance du 30 mars 1982 peuvent être poursuivies sans que ceux qui continuent à les exercer après soixante ans soient soumis aux dispositions générales du titre 1er de l'ordonnance relative à l'emploi, ces activités impliquent de la part de ceux qui les exercent des aptitudes créatrices particulières ou n'ont qu'un caractère accessoire ou temporaire ; que ces traits spécifiques justifient que la loi leur réserve un régime particulier ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 8 de la loi ne méconnaît aucun principe de valeur constitutionnelle ;

7. Considérant qu'en l'espèce, il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen ;

(...)

III. Les « partenariats public privé »

A. Conseil d'État, 29 octobre 2004, « M. SUEUR et autres »

(...)

1. Considérant que les requêtes susvisées tendent à l'annulation de la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour qu'elles fassent l'objet d'une seule décision ;

- Sur l'étendue du litige :

2. Considérant que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une ordonnance intervenue à la suite d'une loi d'habilitation prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution peut résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement ;
3. Considérant, d'une part, que les 5° et 6° du I de l'article 153 de la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique ont soumis les baux emphytéotiques passés en application de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, lorsqu'ils répondent aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique, et de l'article L. 6148-2 du code de la santé publique, au respect des dispositions du dernier alinéa de l'article 3, ainsi que des articles 4, 6, 7 et 9, à l'exception du quatrième alinéa, de l'ordonnance attaquée ; que, si les dispositions législatives en cause, qui ont eu pour seul objet de rendre applicable à la passation de tels baux la procédure de passation des contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics, ont nécessairement, par là même, rétroactivement conféré valeur législative aux articles de l'ordonnance attaquée auxquels elles se réfèrent à cette fin, elles n'ont pas eu pour effet de ratifier l'ensemble de cette ordonnance, dont les autres dispositions sont divisibles de celles ainsi implicitement ratifiées ;
4. **Considérant, d'autre part, que les 1° et 2° du I de l'article 153 de la loi du 9 août 2004 ont modifié les articles L. 6145-6 et L. 6148-2 du code de la santé publique, dans la rédaction que leur avaient donnée les articles 21 et 22 de l'ordonnance attaquée ; qu'en outre, les II, III et IV du même article ont modifié, pour les rendre applicables aux baux emphytéotiques précités, les dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, du 1° bis de l'article 1382 du code général des impôts et de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, dans la rédaction que leur avaient donnée respectivement le 1° de l'article 27, l'article 26 et l'article 28 de l'ordonnance attaquée ; que les dispositions législatives en cause ont nécessairement eu pour effet de conférer rétroactivement valeur législative, y compris dans leurs dispositions non modifiées, aux articles du code de la santé publique, du code de justice administrative, du code général des impôts et du code monétaire et financier qu'elles modifient ; qu'elles n'ont toutefois pas davantage que celles dont la teneur a été rappelée plus haut, et pour les mêmes motifs, eu pour effet de ratifier l'ensemble de l'ordonnance attaquée ;**

5. **Considérant qu'il résulte de ce qui précède que doivent être regardés comme ayant été implicitement ratifiés par l'article 153 de la loi du 9 août 2004 les articles 3, 4, 6, 7, 9, 21, 22, 26, 27 et 28 de l'ordonnance attaquée ; qu'ainsi, les conclusions des requêtes susvisées dirigées contre ces dispositions sont sans objet ; que, par suite, il n'y a pas lieu de statuer, dans cette mesure, sur les conclusions des requêtes n° 269814 et n° 271119, enregistrées antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 9 août 2004 ; que les conclusions des requêtes n° 271357 et n° 271362, enregistrées postérieurement à cette entrée en vigueur, doivent, dans la même mesure, être rejetées comme irrecevables ; que, dans l'un comme dans l'autre cas, il n'y a lieu, pour le Conseil d'Etat, d'examiner les moyens des requêtes qu'en ce qui concerne les dispositions non ratifiées de l'ordonnance attaquée ;**

- Sur la légalité de l'ordonnance attaquée, sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité des requêtes :

- En ce qui concerne le principe du contrat de partenariat :

6. Considérant que, si les requérants soutiennent que l'institution de contrats globaux tels que les contrats de partenariat méconnaîtrait, par elle-même, les exigences constitutionnelles relatives à l'égalité devant la commande publique et au bon usage des deniers publics, de tels moyens ne peuvent utilement être invoqués à l'encontre de l'ordonnance attaquée, dès lors que le principe de la création de contrats ayant pour objet "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" résulte des termes mêmes de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, sur le fondement de laquelle a été prise l'ordonnance attaquée et dont il n'appartient pas au Conseil d'Etat, statuant au contentieux, d'apprécier la conformité à la Constitution ;

- En ce qui concerne les cas de recours aux contrats de partenariat :

7. Considérant qu'aux termes de l'article 2 de l'ordonnance attaquée, applicable aux contrats de partenariat de l'Etat et de ses établissements publics : "Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation : / a) Montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence ; / b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct. / L'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret" ; que l'article 14 de la même ordonnance crée dans le code général des collectivités territoriales un article L. 1414-2 comportant, en ce qui concerne ces collectivités et leurs établissements publics, des dispositions similaires, à l'exception du dernier alinéa, ainsi rédigé : "L'évaluation mentionnée ci-dessus est présentée à l'assemblée délibérante de la

collectivité territoriale ou à l'organe délibérant de l'établissement public, qui se prononce sur le principe du recours à un contrat de partenariat" ;

8. **Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ces dispositions que la légalité de la décision de lancer la procédure de passation d'un contrat de partenariat est soumise, non seulement à la réalisation, dans les formes prescrites, de l'évaluation préalable qu'elles prévoient, mais aussi, sous le contrôle du juge, qui pourra notamment être saisi, au stade précontractuel, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à ce que le projet envisagé corresponde effectivement à l'une des situations visées au a) de l'article 2 de l'ordonnance attaquée et de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que les dispositions précitées ne subordonneraient la passation d'un contrat de partenariat qu'à la seule condition, purement formelle, qu'ait été préalablement réalisée l'évaluation qu'elle prévoit manque en fait ;**
9. **Considérant, en deuxième lieu, que, si les requérants soutiennent que la réalisation de cette évaluation préalable, qui a notamment pour objet, dès lors que le projet envisagé rentre dans l'une des hypothèses visées au a) des dispositions précitées de l'article 2 de l'ordonnance attaquée et de l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, d'éclairer la personne publique, dans les conditions prévues au b) des mêmes articles, sur l'opportunité administrative, économique et financière du recours à un contrat de partenariat plutôt qu'à un autre instrument du droit de la commande publique, ne serait pas entourée de garanties suffisantes de fiabilité et d'objectivité, l'ordonnance attaquée ne méconnaît sur ce point ni les dispositions de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, ni aucune autre exigence inhérente à la hiérarchie des normes ;**
10. **Considérant, en troisième lieu, que les requérants soutiennent que les dispositions précitées de l'ordonnance attaquée étendent la possibilité de passer un contrat de partenariat au-delà des prévisions des dispositions de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, telles qu'interprétées par la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 du Conseil constitutionnel, par laquelle celui-ci a jugé que les ordonnances prises sur le fondement de cet article devraient réserver les dérogations au "droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique" à des "situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé" ; qu'il résulte des termes mêmes de cette décision que, sous réserve 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, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat ; qu'il en va de même de la complexité du projet, lorsqu'elle est telle que "la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique" de ce projet ; qu'ainsi, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que l'article 2 de l'ordonnance attaquée et l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de cette ordonnance, méconnaissent les dispositions de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, non plus que l'interprétation qu'a donnée de ces dispositions, avec l'autorité qui s'attache à la chose jugée, le Conseil constitutionnel ;**

(...)

- En ce qui concerne l'accès des petites et moyennes entreprises et des architectes aux contrats de partenariat :

18. Considérant que les dispositions de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 font obligation aux ordonnances à intervenir pour son application de 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" ; que les requérants soutiennent que l'ordonnance attaquée ne satisfait pas à ces exigences ;
19. **Considérant, en premier lieu, que l'ordonnance attaquée impose de faire figurer, parmi les critères d'attribution d'un contrat de partenariat, "la part d'exécution du contrat que le candidat s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises et à des artisans" ; qu'au nombre des clauses devant figurer dans un tel contrat, le premier alinéa du f) de l'article 11 de cette ordonnance et de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la même ordonnance, mentionnent les "modalités de contrôle par la personne publique de l'exécution du contrat, notamment (...) des conditions dans lesquelles le cocontractant fait appel à d'autres entreprises pour l'exécution du contrat, et notamment des conditions dans lesquelles il respecte son engagement d'attribuer une partie du contrat à des petites et moyennes entreprises et à des artisans" ; que le second alinéa du f) des mêmes articles, qui doit être regardé comme visant les entreprises directement chargées par le titulaire du contrat de partenariat de la construction des ouvrages et équipements et ne saurait être interprété comme dérogeant aux dispositions de l'article 1799-1 du code civil, prévoit la constitution obligatoire, au profit de ces entreprises, d'une caution leur garantissant le paiement au fur et à mesure de la réalisation des travaux, dans un délai maximum de quarante-cinq jours à compter de la constatation de ceux-ci ; qu'alors même qu'elles ne revêtent qu'un caractère incitatif, ces mesures satisfont, dans leur ensemble, aux exigences rappelées plus haut de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, dont les dispositions ne peuvent être interprétées comme ayant entendu contraindre les auteurs de l'ordonnance attaquée à réserver en toute hypothèse une part des prestations faisant l'objet des contrats de partenariat à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans ;**
20. Considérant, il est vrai, que les requérants font également grief à l'ordonnance attaquée de n'envisager l'accès des petites et moyennes entreprises aux contrats de partenariat que de manière indirecte, par le biais de marchés passés avec les titulaires de tels contrats, et de ne pas comporter de mesures tendant à leur permettre d'accéder elles-mêmes à la titularité de ces contrats ; que, toutefois, les dispositions précitées de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ne peuvent être interprétées comme ayant entendu imposer aux auteurs de cette ordonnance de prendre des mesures en ce sens ; qu'en tout état de cause, aucune disposition de l'ordonnance attaquée ne fait obstacle à ce qu'une petite ou moyenne entreprise se porte candidate, notamment dans le cadre d'un groupement d'entreprises, à l'attribution d'un contrat de partenariat ; que, si le SYNDICAT NATIONAL DES ENTREPRISES DU SECOND ŒUVRE DU BATIMENT fait valoir qu'une telle faculté est illusoire, dans la mesure où seules les grandes entreprises sont en mesure d'assumer les engagements à souscrire dans le cadre de contrats globaux de ce type, l'ordonnance attaquée ne peut utilement être critiquée sur ce point, dès lors que, ainsi qu'il a été dit plus haut, le principe de la création de tels contrats résulte directement de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ; que les auteurs de

l'ordonnance attaquée pouvaient, sans méconnaître la portée du même article, prévoir que le titulaire d'un contrat de partenariat assurerait, dans tous les cas, la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser, alors même qu'il en résulte nécessairement que, pour l'application de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, à laquelle l'ordonnance n'a nullement pour effet de déroger, les entreprises chargées, par le titulaire du contrat, de la réalisation de tels travaux auront en principe la qualité, non de sous-traitants de la personne publique, mais d'entrepreneurs principaux ;

21. Considérant, en second lieu, qu'il ressort des termes mêmes de l'ordonnance attaquée que, si la personne publique peut confier tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire du contrat de partenariat, elle n'est pas tenue de le faire ; que, lorsqu'elle ne confie au titulaire qu'une partie de la conception, il lui est possible, par dérogation à la définition de la mission de base figurant au quatrième alinéa de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, de faire appel à une équipe de maîtrise d'œuvre pour la partie de la conception qu'elle assume ; que, lorsque la personne publique confie tout ou partie de la conception des ouvrages à son cocontractant, l'article 11 de l'ordonnance attaquée, dont les dispositions sont reprises à l'article L. 1414-13 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de la même ordonnance, impose, d'une part, que les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural et que figure, au nombre des critères d'attribution du contrat, la qualité globale des ouvrages, d'autre part, que, parmi les conditions d'exécution du contrat, figure l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation ; que ces dispositions, qui contribuent à préserver la spécificité de la fonction de maîtrise d'œuvre et à garantir la qualité architecturale des ouvrages réalisés dans le cadre des contrats de partenariat, conformément aux objectifs de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, satisfont ainsi aux exigences de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003, telles qu'éclairées par les travaux préparatoires de cette loi ;

- En ce qui concerne les autres dispositions de l'ordonnance attaquée :

22. Considérant qu'aux termes de l'article 11 de l'ordonnance attaquée : "Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : (...) 1) Aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française" ; que des dispositions similaires figurent au 1) de l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de l'ordonnance attaquée ; **qu'en habilitant le Gouvernement à "créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public" dans les limites qu'il définit, l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 doit être regardé comme ayant entendu permettre aux auteurs de l'ordonnance attaquée de définir dans son ensemble le régime juridique de ces nouveaux contrats, y compris les conditions de prévention et de règlement des litiges susceptibles de naître à l'occasion de leur exécution ; que, compte tenu de la complexité des contrats en cause, liée notamment au caractère global de la mission confiée au cocontractant de l'administration, à la durée des engagements souscrits et aux mécanismes de financement à mettre en œuvre, rendant nécessaire la mise en place de modalités adaptées de règlement des litiges, les auteurs de l'ordonnance attaquée ont pu, sans méconnaître la portée de cette habilitation et sans qu'y fasse obstacle aucune règle ou aucun principe de valeur constitutionnelle, déroger,**

par les dispositions précitées, au principe général du droit en vertu duquel les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne ;

23. Considérant que l'article 18 de l'ordonnance attaquée crée dans le code général des collectivités territoriales un article L. 1615-12 ainsi rédigé : "La collectivité territoriale ou l'établissement public qui a passé un contrat prévu à l'article L. 1414-1 bénéficie du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée sur la part de la rémunération versée à son cocontractant correspondant à l'investissement réalisé par celui-ci pour les besoins d'une activité non soumise à la taxe sur la valeur ajoutée. La part de la rémunération correspondant à l'investissement est celle indiquée dans les clauses du contrat prévues à l'article L. 1414-12. / L'éligibilité au fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée est subordonnée à l'appartenance du bien au patrimoine de la personne publique ou à la décision de la personne publique d'intégrer le bien dans son patrimoine conformément aux clauses du contrat. / A la fin anticipée ou non du contrat, si l'équipement n'appartient pas au patrimoine de la personne publique, celle-ci reverse à l'Etat la totalité des attributions reçues. / Les attributions du fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée sont versées selon les modalités prévues à l'article L. 1615-6, au fur et à mesure des versements effectués au titulaire du contrat et déduction faite de la part des subventions spécifiques versées toutes taxes comprises par l'Etat à la personne publique" ; **que ces dispositions, qui ont pour seul objet d'assurer l'absence d'incidence, sur l'éligibilité des dépenses qu'elles visent au fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée, de la décision par laquelle une collectivité territoriale ou l'un de ses établissements publics choisit de confier la réalisation des équipements concernés au titulaire d'un contrat de partenariat plutôt que de procéder à une telle réalisation sous sa propre maîtrise d'ouvrage, n'excèdent pas le champ de l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ;**
24. Considérant qu'en vertu des dispositions des articles L. 1414-2 et L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales, créés par l'article 14 de l'ordonnance attaquée, l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou l'organe délibérant de l'établissement public doit se prononcer, avant le lancement de la procédure de passation, sur le principe du recours à un contrat de partenariat et est seul compétent pour autoriser sa signature ou déclarer la procédure infructueuse ; que le projet de délibération qui lui est soumis à cette dernière fin doit être "accompagné d'une information comportant le coût prévisionnel global du contrat, en moyenne annuelle, pour la personne publique et l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité de financement annuelle de la personne publique" ; que l'article L. 1414-14 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction issue de l'ordonnance attaquée, impose la présentation à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, par l'exécutif de la collectivité territoriale ou de l'établissement public, avec les observations de ce dernier, d'un rapport annuel établi par le cocontractant afin de permettre le suivi de l'exécution du contrat ; qu'il est prévu par l'article 15 de l'ordonnance attaquée que ce rapport sera examiné chaque année par la commission consultative des services publics locaux instituée par l'article L. 1413-1 du code général des collectivités territoriales, laquelle devra en outre être consultée pour avis par l'assemblée délibérante ou l'organe délibérant sur tout projet de partenariat avant qu'intervienne la délibération prévue par l'article L. 1414-2 ; que l'article 17 de la même ordonnance prévoit que les documents budgétaires mis à la disposition du public en application de l'article L. 2313-1 du code général des collectivités territoriales sont assortis d'une annexe retraçant l'ensemble des engagements financiers résultant des contrats de partenariat ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée n'organiserait pas les modalités d'une information et d'un contrôle, par les assemblées

délibérantes des collectivités territoriales et par les administrés, des conditions de passation et d'exécution des contrats de partenariat de ces collectivités manque en fait et ne peut qu'être écarté ;

(...)

28. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les requérants ne sont pas fondés à demander l'annulation des dispositions non ratifiées de l'ordonnance attaquée ;

(...)

B. Ratification de plusieurs articles de l'ordonnance

Article 153 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique

I. - Le code de la santé publique est ainsi modifié :

1° Au début de l'article L. 6145-6, sont ajoutés les mots : « Les baux conclus en application de l'article L. 6148-2 et » ;

2° Au quatrième alinéa de l'article L. 6148-2 et au second alinéa de l'article L. 6148-3, le mot : « détaillé » est remplacé par le mot : « fonctionnel, » ;

3° Le III de l'article L. 6148-5 devient l'article L. 6148-5-2 ;

4° Le IV de l'article L. 6148-5 devient l'article L. 6148-5-3 ;

5° L'article L. 6148-5 est ainsi rédigé :

« Art. L. 6148-5. - Les contrats passés en application de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales, lorsqu'ils répondent aux besoins d'un établissement public de santé ou d'une structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique et de l'article L. 6148-2, respectent les dispositions du présent article et des articles L. 6148-5-1 à L. 6148-5-3.

« La passation d'un contrat visé au premier alinéa est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures. Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article 3 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

« Ne peuvent soumissionner à un contrat visé au premier alinéa les personnes mentionnées à l'article 4 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée.

« Les dispositions des articles 6 et 9, à l'exception du quatrième alinéa, de ladite ordonnance sont applicables aux contrats visés au premier alinéa.

« Si, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique est objectivement dans l'impossibilité de définir les moyens techniques pouvant répondre aux besoins et aux objectifs poursuivis ou d'établir le montage juridique ou financier du projet, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une phase de dialogue dans les conditions prévues au I de l'article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée.

« Si tel n'est pas le cas, elle indique dans l'avis qu'il sera recouru à une procédure d'appel d'offres dans les conditions prévues par le II de l'article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée.

« La personne publique peut restreindre le nombre de candidats appropriés qu'elle invitera à participer au dialogue défini au I de l'article 7 ou à la procédure mentionnée au II du même article de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée, à condition qu'un nombre suffisant de candidats appropriés soit disponible. Elle indique alors dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'elle prévoit d'utiliser, le nombre minimal de candidats qu'elle prévoit d'inviter et, le cas échéant, le nombre maximal. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.» ;

6° Il est inséré un article L. 6148-5-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 6148-5-1. - Le contrat est attribué au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, par application des critères définis dans l'avis d'appel public à la concurrence ou le règlement de la consultation et, le cas échéant, précisés dans les conditions prévues à l'article 7 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 précitée.

« Les critères d'attribution sont pondérés. Si la personne publique démontre qu'une telle pondération est objectivement impossible, ils sont hiérarchisés.

« Parmi les critères d'attribution figurent nécessairement le coût global de l'offre et des objectifs de performance définis en fonction de l'objet du contrat. La personne publique peut, en outre, faire figurer la part du contrat que le titulaire attribuera à des architectes, des concepteurs, des petites ou moyennes entreprises et des artisans.

« Le contrat peut également prévoir que la personne publique contrôle les conditions dans lesquelles cette part sera attribuée et l'exécution des contrats qui s'y rattachent. »

II. - Dans le premier alinéa de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, après les mots : « des contrats de partenariat », sont insérés les mots : « , des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique ».

III. - Dans le premier alinéa du 1° bis de l'article 1382 du code général des impôts, après les mots : « contrats de partenariat », sont insérés les mots : « ou de contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique ».

IV. - Dans la première phrase de l'article L. 313-29-1 du code monétaire et financier, après les mots : « contrat de partenariat », sont insérés les mots : « ou d'un contrat visé au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique ».

1 RATIFICATION IMPLICITE

□ Conseil constitutionnel, décision n° 72-73 L, 29 février 1972, nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises

(...)

3. Considérant, d'une part, que les ordonnances qui ont fait l'objet du dépôt du projet de loi de ratification prévu par l'article 38 de la Constitution, demeurent des actes de forme réglementaire tant que la ratification législative n'est pas intervenue, mais que, d'autre part, ledit article 38, non plus qu'aucune autre disposition de la Constitution ne fait obstacle à ce qu'une ratification intervienne selon d'autres modalités que celle de l'adoption du projet de loi sus-mentionné ; **que, par suite, cette ratification peut résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement ;**

(...)

❑ Conseil constitutionnel, décision n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence (Conseil de la concurrence)

(...)

2. Considérant que, sur le fondement de ladite loi, sont intervenues diverses ordonnances, notamment l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ; que, le 21 décembre 1986, le Gouvernement a déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale un projet de loi portant ratification de huit ordonnances dont celle du 1er décembre 1986 ; qu'à ce jour le Parlement n'a pas statué sur ce projet de loi ;

(...)

- SUR LA PROCEDURE LEGISLATIVE :

12. Considérant que la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel modifie les articles 12 et 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 prise, dans le cadre de l'article 38 de la Constitution, en vertu de la loi du 2 juillet 1986, alors que cette dernière loi accordait au Gouvernement l'autorisation de statuer par voie d'ordonnances jusqu'à une date postérieure à celle à laquelle la loi présentement examinée a été votée ;

13. Considérant que l'article 41 de la Constitution dispose : "S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité.- En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours" ;

14. Considérant qu'au cours de la discussion devant le Parlement de la proposition de loi qui est à l'origine de la loi présentement examinée, le Gouvernement n'a opposé aucune irrecevabilité comme il aurait eu la faculté de le faire ; qu'ainsi la procédure législative suivie n'a comporté aucune méconnaissance de la Constitution ;

(...)

- SUR LES DISPOSITIONS DE L'ORDONNANCE DU 1er DECEMBRE 1986 :

24. Considérant qu'en principe il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement ; que, saisi d'une loi de cette nature, il appartiendrait au Conseil constitutionnel de 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 ;

(...)

❑ Conseil d'État, 10 juillet 1972, « Compagnie Air Inter »

(...)

Considérant qu'aux termes de l'article 9 de l'ordonnance du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises "un décret en Conseil d'Etat déterminera les entreprises publiques et les sociétés nationales qui seront soumises aux dispositions de la présente ordonnance ..." ; **qu'ainsi cet article, qui a été implicitement validé avec l'ensemble de l'ordonnance du 17 août 1967 par l'article 62 de la loi du 27**

décembre 1968, habilitait le gouvernement, en l'absence de toute définition générale de l'entreprise publique susceptible de s'imposer à lui, à choisir librement les caractères que devaient présenter, pour l'application de l'ordonnance du 17 août 1967, les entreprises soumises à cette ordonnance ; que les termes de l'article 9 précité permettaient notamment de comprendre au nombre des entreprises les filiales d'entreprises publiques et de sociétés nationales ; que, des lors, en disposant dans son article 1^{er} : "sont réputées entreprises publiques ou sociétés nationales au sens de l'ordonnance susvisée du 17 août 1967 :

a] les établissements publics à caractère industriel et commercial ;

b] les entreprises nationalisées et les sociétés dans lesquelles l'Etat ou d'autres personnes morales de droit public détiennent, séparément ou ensemble plus de la moitié du capital social ;

c] les sociétés dans lesquelles des entreprises publiques ou sociétés nationales en application du présent article détiennent, séparément, ensemble ou conjointement avec l'Etat ou d'autres personnes morales de droit public plus de la moitié du capital social",

le gouvernement n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui ont été conférés par l'article 9 de l'ordonnance précitée ;

(...)

❑ **Cour de cassation, 6 octobre 1992**

(...)

Les moyens étant réunis ; Attendu que par ces moyens pris de la violation de l'article 38 de la constitution du 4 octobre 1958, de la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987, de l'article 28 de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 (nouvel article L. 162-38 du Code de la sécurité sociale), de l'article 31 de la loi n° 88-21 du 6 janvier 1988, de l'article 29, 12° de la loi n° 88-828 du 20 juillet 1988, de l'article 9 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 et de l'article 18 de la loi n° 89-25 du 17 juillet 1989, il est fait grief à l'arrêt d'avoir décidé que l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 était un acte législatif ; Mais attendu que l'article 29, 12° de la loi n° 88-828 du 20 juillet 1988 exclut de l'amnistie les infractions prévues par les articles 17, 31, 34, 35 et 52 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, que la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs prévoit que les infractions qu'elle institue peuvent être poursuivies dans les conditions fixées par les articles 45, premier et troisième alinéa, 46, 47 et 52 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, que l'article L. 162-38 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction de la loi n° 87-588 du 30 juillet 1987, décide que les dispositions du titre VI de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 sont applicables aux infractions prévues en vertu de cette loi, que l'article 3 de la loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente prévoit également que le refus du vendeur de changer ou de rembourser un produit retourné par l'acheteur est poursuivi et constaté conformément aux dispositions du titre VI de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, que la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi relative à la liberté de la communication décide que le Conseil de la concurrence veille au respect de la liberté de la concurrence dans le secteur de la communication audiovisuelle, selon les règles et dans les conditions prévues par l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, à l'exception de son titre V, qu'enfin, l'article 9 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales prévoit que le gouvernement présentera un rapport sur l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 ; qu'en l'état de ces textes, dont il résulte qu'en se référant expressément, soit à des dispositions essentielles de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986, indissociables de l'ensemble de ce texte, soit à l'ensemble du texte lui-même, **le législateur a manifesté la volonté implicite, mais réitérée, de ratifier l'ordonnance, l'arrêt se trouve légalement justifié ; d'où il suit que les moyens ne sont pas fondés ;**

(...)

2 QUESTION DE LA CONFORMITE A LA CONSTITUTION DES ARTICLES DEJA RATIFIES

❑ **Conseil constitutionnel, décision n° 85-187 DC, 25 janvier 1985, loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances**

(...)

10. Considérant que, **si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être**

de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi ; que, dès lors, les moyens développés par les auteurs de saisines ne peuvent être accueillis ;

(...)

□ Conseil constitutionnel, décision n° 2002-464 DC, 27 décembre 2002, loi de finances pour 2003

(...)

41. Considérant que la conformité à la Constitution des termes d'une loi promulguée ne peut être utilement contestée qu'à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ;

(...)

C. Dispositions de l'ordonnance ratifiées pour la première fois

1 SUR L'ARTICLE 2 DE L'ORDONNANCE

□ Article L. 551-1 du code de justice administrative

Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du code de la santé publique et des conventions de délégation de service public.

Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours.

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la Commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire ou résultant de l'accord sur l'Espace économique européen, a été commise.

Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

2 SUR L'ARTICLE 8 DE L'ORDONNANCE

□ Conseil constitutionnel, décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, loi portant validation d'actes administratifs

(...)

4. Considérant, de même, que **la validation des décrets** visés par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel **a pour effet de rendre inopérant le grief selon lequel les actes réglementaires ou non réglementaires pris sur le fondement de ces textes auraient été dépourvus de base légale** ; qu'ainsi le législateur était conduit à valider ces actes ;

(...)

□ Conseil constitutionnel, décision n° 2002-460 DC, 22 août 2002, loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure (LOPSI)

(...)

. En ce qui concerne le I de l'article 3 :

3. Considérant que, par dérogation aux articles 7 et 18 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée, le I de l'article 3 de la loi contestée autorise l'État à passer avec une personne ou un groupement de personnes, de droit public ou privé, un marché unique "portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, l'entretien et la maintenance d'immeubles affectés à la police ou à la gendarmerie nationales" ; qu'il soumet la passation de ce marché aux procédures prévues par le code des marchés publics ; qu'il permet toutefois à l'État, en cas d'allotissement, de choisir son contractant en portant sur les offres concernant plusieurs lots un "jugement global" et non lot par lot comme l'exige l'article 10 de ce code ;

4. Considérant que, selon les requérants, ces dispositions seraient par elles-mêmes contraires aux "principes d'égalité, de transparence, de libre concurrence ainsi qu'au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui garantissent le bon emploi des deniers publics tel que l'article 14 de la Déclaration de 1789 l'exige" ; qu'elles auraient en outre pour effet de défavoriser les petites et moyennes entreprises dans l'accès à la commande publique ;

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 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'Etat 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 déférée 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'Etat, 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 ;

(...)

□ Conseil constitutionnel, décision n° 2002-461 DC, 29 août 2002, loi d'orientation et de programmation pour la justice (Loi Perben)

(...)

2. Considérant que l'article 3 de la loi déferée modifie l'article 2 de la loi susvisée du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire ; que, par dérogation aux articles 7 et 18 de la loi du 12 juillet 1985 susvisée, il autorise l'Etat à passer avec une personne ou un groupement de personnes, de droit public ou de droit privé, un marché unique " portant à la fois sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires " ; qu'il soumet la passation de ce marché aux procédures prévues par le code des marchés publics ; qu'il permet toutefois à l'Etat, en cas d'allotissement, de choisir son contractant en portant sur les offres concernant plusieurs lots un " jugement global " et non lot par lot, comme l'exige l'article 10 du code des marchés publics ; qu'enfin, il dispose que, dans les établissements pénitentiaires, " Les fonctions autres que celles de direction, de greffe et de surveillance peuvent être confiées à des personnes de droit public ou de droit privé habilitées, dans des conditions définies par un décret en Conseil d'Etat. Ces personnes peuvent être choisies dans le cadre des marchés prévus au deuxième alinéa " ;

3. Considérant que, selon les requérants, ces dispositions seraient par elles-mêmes contraires au principe d'égalité d'accès à la commande publique, lequel " implique la libre concurrence " ; qu'elles auraient en outre pour effet de défavoriser les petites et moyennes entreprises dans l'accès à la commande publique ; que l'article 3 serait au surplus entaché d'incompétence négative, car, " modifiant le régime de ces marchés particuliers qui touchent à des fonctions régaliennes et à la liberté individuelle des personnes détenues, le législateur devait prévoir toutes les garanties nécessaires " ;

4. Considérant, en premier lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la construction et l'aménagement 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 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 ;

5. Considérant que les dispositions critiquées, qui ont pour objet de faciliter et d'accélérer la construction des établissements pénitentiaires, ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique ; qu'au demeurant, 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'Etat, 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 ;

6. Considérant que, dans ces conditions, en dérogeant, pour les marchés en cause, aux articles 7 et 18 de la loi du 12 juillet 1985 et à l'article 10 du code des marchés publics, le législateur n'a porté atteinte à aucune règle ni à aucun principe de valeur constitutionnelle ;

(...)

3 SUR L'ARTICLE 11 DE L'ORDONNANCE

□ Conseil d'État, avis, 6 mars 1986, « Eurodisneyland »

(...)

Le Conseil d'État a été saisi par le ministre d'État chargé du Plan et de l'Aménagement du territoire des questions suivantes :

1° Quelle est la portée du second alinéa de l'article 2060 du Code civil selon lequel « ... des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre » ?

2° Plus généralement, dans quelle mesure les personnes morales de droit public peuvent-elles recourir à l'arbitrage ? A cet égard, la situation des collectivités territoriales et de leurs établissements publics a-t-elle été affectée par les textes relatifs à la décentralisation ?

3° Comment ces principes s'appliquent-ils dans le cadre du projet de contrat relatif à la création d'un parc de loisirs à Marne-la-Vallée ?

Vu le Code civil et notamment ses articles 2060 et 2061.

Le Conseil d'État EST D'AVIS de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. Il résulte des principes généraux du droit public français, confirmés par tes dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du Code civil que sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne.

Tout compromis ou toute clause compromissaire conclu en méconnaissance de ces principes est atteint d'une nullité d'ordre public.

En revanche il est possible de subordonner par voie contractuelle la recevabilité d'une action devant le juge compétent à la saisine préalable d'une instance de conciliation ou d'un expert à la condition que cette instance ou cet expert se borne à émettre un avis.

II. La loi du 2 mars 1982 n'a pas soustrait à ces principes tes collectivités territoriales et leurs établissements publics et a eu seulement pour effet, le cas échéant, de supprimer la nécessité d'une approbation de l'autorité de tutelle pour la mise en œuvre des dispositions qui, comme par exemple l'article 361 du Code des marchés publics, autorisent exceptionnellement le recours à l'arbitrage dans certaines matières limitativement énumérées.

III. Aux termes du second alinéa de l'article 2060 du Code civil : «... des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

Sans qu'il y ait lieu de rechercher, en l'occurrence, si cette disposition habilite le Gouvernement à autoriser à compromettre un seul établissement public à caractère industriel et commercial, il résulte du rapprochement des dispositions du second alinéa de l'article 2060 du Code civil et de celles de l'article 2061 que l'autorisation prévue par l'article 2060 ne s'applique qu'au compromis relatif à un litige né et ne confère pas la faculté d'insérer dans un contrat une clause compromissoire ayant pour objet de soumettre obligatoirement à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître de l'application d'un contrat relevant de l'ordre juridique interne.

En outre la faculté de compromettre que des décrets peuvent reconnaître aux établissements publics à caractère industriel et commercial en application du second alinéa de l'article 2060 du Code civil doit, le cas échéant, être combinée avec le principe général rappelé au I ci-dessus.

Il en découle que, sauf disposition législative contraire, un établissement public à caractère industriel et commercial ne peut compromettre, alors même qu'il y aurait été autorisé en application de l'article 2060 du Code civil, dans un litige l'opposant à une autre personne morale de droit public ne répondant pas aux conditions prévues par le deuxième alinéa de l'article 2060 ou dans un litige relatif aux obligations qu'un établissement public à caractère industriel et commercial d'une part et une ou plusieurs autres personnes morales de droit public d'autre part, auraient souscrites en commun vis-à-vis d'une tierce personne.

IV. Le contrat envisagé entre, d'une part l'État français, la région Île-de-France, le département du Val-de-Marne et l'établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Marne-la-Vallée et, d'autre part la société Walt Disney Productions, pour l'aménagement d'un parc de loisirs à Marne-la-Vallée, relève de l'ordre juridique interne français et n'entre dans le champ d'application d'aucune disposition législative autorisant exceptionnellement le recours à la clause compromissoire.

D'une part, ce contrat ne relève pas des principes applicables en matière de commerce international. D'autre part, la convention de Washington « pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États », publiée au Journal officiel du 31 décembre 1967 qui se borne à organiser les modalités de règlement de litiges que les parties à un différend ont décidé de soumettre au « centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements », n'emporte aucune conséquence quant à la possibilité de compromettre d'une personne publique française.

Dès lors, le projet de contrat considéré ne peut valablement contenir une clause compromissoire serait entachée d'une nullité d'ordre public.

Cette nullité subsisterait alors même qu'il serait expressément stipulé que la sentence arbitrale serait susceptible d'appel; l'appel à rencontre d'une sentence arbitrale est en effet ouvert de plein droit et ne peut être écarté que par une disposition législative expresse.

(...)

❑ **Loi 86-972, 19 août 1986, Article 9**

Créé par Loi n°86-972 du 19 août 1986 (JORF 22 août 1986).

En vigueur, version du 22 Août 1986

Par dérogation à l'article 2060 du code civil, l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics sont autorisés, dans les contrats qu'ils concluent conjointement avec des sociétés étrangères pour la réalisation d'opérations d'intérêt national, à souscrire des clauses compromissaires en vue du règlement, le cas échéant définitif, de litiges liés à l'application et l'interprétation de ces contrats.

❑ **Article L. 311-6 du code de justice administrative**

Par dérogation aux dispositions du présent code déterminant la compétence des juridictions de premier ressort, il est possible de recourir à l'arbitrage dans les cas prévus par :

1° L'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, repris aux articles 247 et 361 du code des marchés publics ;

2° L'article 7 de la loi n° 75-596 du 9 juillet 1975 portant diverses dispositions relatives à la réforme de la procédure civile ;

3° L'article 19 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique ;

4° L'article 25 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

5° L'article 9 de la loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales ;

6° L'article 28 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ;

7° L'article 24 de la loi n° 95-877 du 3 août 1995 portant transposition de la directive 93/7 du 15 mars 1993 du Conseil des Communautés européennes relative à la restitution des biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un Etat membre ;

8° L'article 3 de la loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public « Réseau ferré de France en vue du renouveau du transport ferroviaire.

**IV. Tableau de bord des
ordonnances prises en application
de la loi n° 2003-591 du 2 juillet
2003 habilitant le Gouvernement à
simplifier le droit**

Ordonnance	Projet de loi de ratification	Publication du rapport	Urgence	1ère lecture		Ratification par la loi déferée (art. et paragraphe)
Ordonnance n° 2004-1129 du 21 octobre 2004 relative à l'application en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis-et-Futuna, dans les Terres australes et antarctiques françaises et à Mayotte de l'ordonnance n° 2003-1216 du 18 décembre 2003 portant suppression de l'affirmation des procès-verbaux		non				78 XXXIV
Ordonnance n° 2004-1127 du 21 octobre 2004 portant transposition de la directive 2001/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit		non				80 XXI
Ordonnance n° 2004-825 du 19 août 2004 relative au statut des immeubles à usage de bureaux et des immeubles dans lesquels est effectué le contrôle technique des véhicules et modifiant le code du domaine de l'Etat (partie législative)	PJ (10-11-2004)	non		Sénat n° 63 (2004-2005)		78 XXXIII
Ordonnance n° 2004-637 du 1er juillet 2004 relative à la simplification de la composition et du fonctionnement des commissions administratives et à la réduction de leur nombre	PJ (29-09-2004)	non		AN n° 1829		78 XXXII
Ordonnance n° 2004-634 du 1er juillet 2004 relative à l'entremise et à la gestion des immeubles et fonds de commerce	PJ (22-09-2004)	non		Sénat n° 451 (2003-2004)		78 XXXI

Ordonnance	Projet de loi de ratification	Publication du rapport	Urgence	1ère lecture		Ratification par la loi déferée (art. et paragraphe)
Ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires	PJ (22-09-2004)	non		Sénat n° 450 (2003-2004)		78 XXX
Ordonnance n° 2004-631 du 1er juillet 2004 relative à la simplification du régime d'entrée en vigueur, de transmission et de contrôle des actes des autorités des établissements publics locaux d'enseignement	PJ (22-09-2004)	non		Sénat n° 449 (2003-2004)		78 XXIX
Ordonnance n° 2004-605 du 24 juin 2004 simplifiant le minimum vieillesse	PJ (15-09-2004)	non		AN n° 1791		78 XXVIII
Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale	PJ (15-09-2004)	non		AN n° 1793		78 XXVII
Ordonnance n° 2004-603 du 24 juin 2004 relative aux mesures de simplification dans le domaine des élections prud'homales	PJ (15-09-2004)	non		Sénat n° 446 (2003-2004)		78 XXVI
Ordonnance n° 2004-602 du 24 juin 2004 relative à la simplification du droit dans les domaines du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle	PJ (15-09-2004)	non		Sénat n° 447 (2003-2004)		78 XXV
Ordonnance n° 2004-570 du 17 juin 2004 portant diverses mesures de simplification dans le domaine agricole	PJ (15-09-2004)	non		AN n° 1790		78 XXIV
Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée	PJ (15-09-2004)	non		AN n° 1792		78 XXIII

Ordonnance	Projet de loi de ratification	Publication du rapport	Urgence	1ère lecture		Ratification par la loi déferée (art. et paragraphe)
Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat	PJ (15-09-2004)	non		AN n° 1794		78 XXII
Ordonnance n° 2004-545 du 16 juin 2004 relative à la partie législative du code de la recherche	PJ (26-08-2004)	oui		Sénat n° 442 (2003-2004)		78 XXI
Ordonnance n° 2004-329 du 15 avril 2004 allégeant les formalités applicables à certaines prestations sociales	PJ (07-07-2004)	non		Sénat n° 410 (2003-2004)		78 XX
Ordonnance n° 2004-328 du 15 avril 2004 relative à l'élection des délégués consulaires et des juges des tribunaux de commerce	PJ (07-07-2004)	non		Sénat n° 409 (2003-2004)		78 XIX
Ordonnance n° 2004-281 du 25 mars 2004 relative à des mesures de simplification en matière fiscale	PJ (24-06-2004)	non		Sénat n° 376 (2003-2004)		78 XVIII
Ordonnance n° 2004-280 du 25 mars 2004 relative aux simplifications en matière d'enquêtes statistiques	PJ (28-06-2004)	non		Sénat n° 380 (2003-2004)		78 XVII
Ordonnance n° 2004-279 du 25 mars 2004 portant simplification et adaptation des conditions d'exercice de certaines activités professionnelles	PJ (28-06-2004)	oui		Sénat n° 381 (2003-2004)		78 XVI
Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises	PJ (16-06-2004)	oui		Sénat n° 359 (2003-2004)		78 XV
Ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 relative à la partie législative du code du patrimoine	PJ (12-05-2004)	oui		Sénat n° 310 (2003-2004)		78 XIV
Ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs		oui				78 XIII

Ordonnance	Projet de loi de ratification	Publication du rapport	Urgence	1ère lecture		Ratification par la loi déferée (art. et paragraphe)
Ordonnance n° 2004-141 du 12 février 2004 portant simplification des élections à la mutualité sociale agricole	PJ (05-05-2004)	non		AN n° 1587		78 XII
Ordonnances n° 2003-1235 du 22 décembre 2003 relative à des mesures de simplification en matière fiscale et supprimant le droit de timbre devant les juridictions administratives	PJ (17-03-2004)	non		Sénat n° 242 (2003-2004)		78 XI
Ordonnance n°2003-1216 du 18 décembre 2003 portant suppression de l'affirmation des procès-verbaux	PJ (10-03-2004)	non		AN n° 1501		78 X
Ordonnance n°2003-1213 du 18 décembre 2003 relative aux mesures de simplification des formalités concernant les entreprises, les travailleurs indépendants, les associations et les particuliers employeurs	PJ (10-03-2004)			AN n° 1502		78 IX
Ordonnance n°2003-1212 du 18 décembre 2003 modifiant la partie Législative du code général des collectivités territoriales	PJ (10-03-2004)			AN n° 1500		78 VIII
Ordonnance n° 2003-1188 du 11 décembre 2003 relative à certaines modalités d'adjudication du droit de chasse	PJ (03-03-2004)			AN n° 1482		78 VII
Ordonnance n° 2003-1187 du 11 décembre 2003 modifiant la partie Législative du code rural	PJ (03-03-2004)			AN n° 1482		78 VI
Ordonnance n° 2003-1165 du 8 décembre 2003 portant simplifications administratives en matière électorale	PJ (03-03-2004)			AN n° 1483		78 V

Ordonnance	Projet de loi de ratification	Publication du rapport	Urgence	1ère lecture		Ratification par la loi déferée (art. et paragraphe)
Ordonnance n° 2003-1067 du 12 novembre 2003 relative à l'élection des membres des chambres de commerce et d'industrie, à la prorogation des mandats des délégués consulaires et modifiant le code de commerce	PJ (05-02-2004)			Sénat n° 203 (2003-2004)		78 IV
Ordonnance n° 2003-1059 du 6 novembre 2003 relative aux mesures de simplification pour les emplois du spectacle et modifiant le Code du travail	PJ (28-01-2004)			Sénat n° 181 (2003-2004)		78 III
Ordonnance n° 2003-902 du 19 septembre 2003 portant suppression de procédures administratives de concertation applicables à certains projets de travaux, d'aménagements et d'ouvrages de l'Etat et de ses établissements publics ainsi que des collectivités territoriales, de leurs groupements et des établissements publics en relevant	PJ (26-11-2003)			AN n° 1251		78 II
Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation	PJ (26-11-2003)			Sénat n° 89 (2003-2004)		Non ratifiée
Ordonnance n° 2003-719 du 1er août 2003 relative à la simplification de la validation du permis de chasser	PJ (29-10-2003)			AN n° 1167		78 I