

OBSERVATION

Observations du Gouvernement sur le recours dirigé contre la loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés

NOR: CSCL0903205X

Le Conseil constitutionnel a été saisi, par plus de soixante sénateurs, d'un recours formé contre la loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés, adoptée le 29 janvier 2009, notamment dirigé contre son article 13.

Cet article permet, de manière dérogatoire et pour les seules années 2009 et 2010, à une personne publique de prévoir que les candidats à un contrat de partenariat pourront présenter des offres dont les modalités de financement seront susceptibles d'être ajustées après leur remise.

La saisine fait grief à cet article de méconnaître le principe d'égalité entre les candidats à la commande publique, d'exposer les deniers publics à des aléas contraires aux prescriptions de l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et, en allongeant les procédures au lieu de les abrégées, de méconnaître l'objet même de la loi déferée.

Ce recours appelle, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

I. — Il importe, de façon liminaire, de rappeler les motifs qui ont justifié l'adoption du dispositif temporaire de l'article 13 de la loi déferée.

L'objectif poursuivi par le législateur est double : ne pas immobiliser inutilement les ressources en liquidité des banques, dans une période de crise où l'économie requiert de nombreux financements ; ne pas entraver le lancement des contrats à venir en continuant d'exiger des engagements intangibles que les candidats ne sont, en pratique, plus en mesure d'obtenir.

Dans la plupart des cas, les candidatures à des contrats de partenariat, dont les montants peuvent atteindre plusieurs centaines de millions d'euros, se font dans le cadre de groupements ou de sociétés de projet qui tous, pour des raisons de confidentialité des montages, comprennent leurs propres établissements de financement. Pour un seul contrat de partenariat à conclure, le processus de candidature conduit donc fréquemment à des engagements fermes de plusieurs établissements financiers différents représentant autant de fois le montant du contrat qu'il y a d'offres remises, c'est-à-dire en pratique souvent trois ou quatre fois pour le même montant du contrat.

Dans une situation normale de liquidités, ces immobilisations multiples n'emportent pas d'effet d'éviction pour le reste de l'économie. Dans une situation de crise, maintenir l'exigence d'un engagement ferme pour chacune des offres présentées dans le cadre d'un contrat de partenariat neutralise en revanche, de manière préoccupante, les capacités de financement limitées du secteur bancaire.

Le seul moyen de lever cette contrainte de liquidité est de permettre la présentation d'offres d'un montant défini, mais seulement gagées, au stade de la remise, par un engagement de principe non encore affermi. Dans ce cas de figure, seule l'offre du candidat finalement retenu aura vocation à connaître un passage ultérieur devant le comité d'établissement de ses financeurs, qui ne l'inscriront qu'à compter de cet instant dans leurs engagements hors bilan.

Le montant de liquidités immobilisé par la passation sera ainsi égal au seul montant du contrat de partenariat. Mais, pour cela, il est nécessaire de prévoir que les candidats puissent présenter

des offres dont ils peuvent ajuster les modalités de financement entre la remise et la signature du contrat.

Il faut aussi souligner que, dans le contexte de crise actuel, la plupart des candidats ne sont pas en mesure de présenter une offre reposant sur un taux validé par leurs établissements de financement dès le stade de la remise des offres. La crise financière oblige en effet les banques à insérer dans tous leurs pré-contrats des clauses dites de flexibilité de marché qui ont pour objet de leur permettre de moduler les conditions de taux offertes en fonction de l'évolution des marchés entre la date de l'offre initiale et celle de sa confirmation par la signature du contrat de partenariat.

Exiger le maintien d'une offre de prix ferme de la part des candidats revient, dans ces conditions, à leur imposer une formalité quasi impossible à remplir et donc à faire obstacle à la passation de tout contrat de partenariat.

C'est ainsi pour prendre en compte la situation économique particulière actuelle et pour lever ces obstacles que l'article 13 de la loi déferée a introduit, de façon temporaire, une souplesse dans la présentation des modalités de financement des offres.

II. — La façon dont cette souplesse devra être mise en œuvre permet d'écartier le grief tiré de ce que l'article 13 n'assurerait pas l'égalité entre les candidats à la commande publique, dont le principe a été précisé par la jurisprudence du Conseil constitutionnel (décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003).

Il convient de relever tout d'abord que l'article 13 prévoit que le caractère ajustable des modalités de financement contenues dans l'offre finale doit être mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence. Cette obligation particulière de publicité a pour objet de garantir que tous les soumissionnaires potentiels disposeront des mêmes informations et que tous les candidats déposant une offre pourront la formuler dans des conditions de stricte égalité quant aux exigences de la commande publique.

L'article 13 de la loi déferée n'envisage en outre qu'un ajustement mineur par rapport aux règles qui gouvernent le droit commun de la passation des contrats de partenariat, telles qu'elles figurent essentiellement pour l'Etat aux articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 et, pour les collectivités territoriales, aux articles L. 1414-7 et suivants du code général des collectivités territoriales.

Il va de soi que la collectivité devra continuer de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, en conservant obligatoirement le coût global de l'offre au nombre des critères de sélection. Contrairement à ce que soutient la saisine, l'article 13 de la loi déferée n'a en effet ni pour objet ni pour effet de neutraliser ce critère en permettant au candidat retenu de ne formuler réellement le prix proposé qu'au moment de la signature du contrat.

Indépendamment de l'hypothèse expressément mentionnée par le second alinéa de l'article 13, qui correspond au cas particulier dans lequel le candidat retenu ne parvient pas à affermir son prêt, les personnes publiques devront respecter la procédure de droit commun suivante.

Les offres des différents candidats continueront d'être toutes évaluées sur la base de la grille de critères pondérés définie au début de la procédure par la personne publique. Chacune des offres se verra donc attribuer un score, dont une part correspondra au coût global proposé pour exécuter le contrat. Le candidat ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse devra alors affermir son prêt auprès de ses banques dans le délai fixé par la personne publique et proposer un niveau de coût ajusté. Si son score global comprenant la part actualisée liée à cet ajustement conduit à le rétrograder en deuxième position, il sera alors proposé, dans les mêmes conditions de délai, au candidat figurant en deuxième position d'affermir son prêt et, si l'actualisation de son propre score conduit à le placer en première position, il sera choisi comme attributaire du contrat.

Dans ces conditions, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité ne pourra être qu'écarté.

III. — Les auteurs de la saisine font valoir, en outre, que l'incertitude dans laquelle l'article 13 de la loi déferée placerait les personnes publiques, en les exposant à « un risque financier inconnu » et potentiellement disproportionné, serait susceptible d'affecter les deniers publics par des aléas contraires à l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Il ne fait pas de doute que la bonne utilisation des deniers publics fait partie des principes communs de la commande publique dégagés par la décision précitée du 26 juin 2003.

Mais aucun reproche constitutionnel ne peut être adressé à l'article 13 de la loi déferée à cet égard.

L'ajustement permis entre la remise de l'offre et l'engagement définitif ne portera que sur une part limitée du coût global du contrat, identifiée à l'avance.

L'article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 — et, à l'identique, l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales — prévoient en effet, à leur d, qu'un contrat de partenariat comporte nécessairement une clause relative « à la rémunération du cocontractant, aux conditions dans lesquelles sont pris en compte et distingués, pour son calcul, les coûts d'investissement — qui comprennent en particulier les coûts d'étude et de conception, les coûts annexes à la construction et les frais financiers intercalaires —, les coûts de fonctionnement et les coûts de financement ».

En aucun cas les composantes techniques du coût ne pourront être affectées au stade ultime de la procédure. Et l'ajustement ne portera en outre que sur une petite fraction de la composante financière de celui-ci.

A titre d'illustration, il est possible de décrire de la manière suivante la décomposition du coût de la plupart des contrats de partenariat. Un financement à un taux moyen pondéré d'intérêt de 5 %, d'un montant de 100 et amorti sur vingt ans par annuités constantes montre que le cumul des intérêts sur une telle durée de contrat est à peu près égal au montant du principal, soit 100 lui aussi (en euros courants). Pour obtenir le coût global du contrat exprimé en niveau de loyer, il faut encore ajouter la composante relative aux coûts de fonctionnement. Dans la majorité des cas, pour un ouvrage raisonnablement complexe, la répartition entre les trois parts se fait de manière équilibrée en trois tiers. Dans ces conditions, un ajustement déjà significatif de 5 % sur le niveau des frais financiers, qui correspondrait à un ajustement de taux de plusieurs points de base, n'aurait au final qu'un impact de 1,6 % sur le montant total du loyer.

Il apparaît ainsi, en toute hypothèse, que le risque d'aléa financier est peu élevé.

En outre, on doit relever qu'en l'absence du mécanisme d'ajustement que permet l'article 13 les établissements financiers devraient affermir leur offre de financement, ce qui les conduirait certainement, dans le contexte économique actuel, à durcir leurs conditions et à majorer, en conséquence, le coût de l'opération. Le dispositif résultant de l'article 13 contribue ainsi, contrairement à ce qui est soutenu, à la bonne utilisation des deniers publics.

En tout état de cause, on doit rappeler que l'ajustement ne pourrait légalement avoir pour effet d'entraîner un bouleversement des conditions globales de l'offre. Dans ce cas, la personne publique aurait intérêt financièrement à ne pas donner suite à la procédure et à la déclarer infructueuse. On peut considérer, aussi, qu'elle serait tenue d'y mettre fin en vertu du principe d'égalité.

IV. — Les auteurs de la saisine font, enfin, valoir que, loin d'accélérer les programmes de construction et d'investissement, la procédure dérogatoire prévue par l'article 13 de la loi déferée conduirait à ralentir la passation des contrats de partenariat. Cette considération est sans incidence sur l'appréciation de la conformité à la Constitution de l'article critiqué.

Mais elle n'est, en tout état de cause, pas exacte. Il doit être souligné que, pour atteindre l'objectif de relance par l'investissement poursuivi par le législateur, il importe d'assurer la solvabilité de l'offre de travaux, de fournitures et de services.

Or, sans le soutien du dispositif prévu à l'article 13, cet objectif ne pourrait être atteint. Celui-ci implique sans doute un bref délai supplémentaire avant la signature des contrats mais, sans lui, aucun contrat ne pourrait être signé.

En adoptant cet article, au sujet duquel le nombre de contentieux à venir n'est aucunement évaluable, le législateur n'a donc pas manifestement choisi une mesure en contradiction avec l'objectif plus général poursuivi par la loi dans son ensemble.

Pour ces raisons, le Gouvernement est d'avis qu'aucun des griefs articulés par les sénateurs requérants n'est de nature à conduire à la censure de l'article 13 de la loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter le recours dont il est saisi.