

Paris, le 16 novembre 2020

OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT
sur la loi d'accélération et de simplification de l'action publique

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'un recours de plus de soixante députés contre la loi d'accélération et de simplification de l'action publique. Ce recours, qui critique la procédure d'adoption de la loi ainsi que ses articles 34, 44, 56, 131, 132, 133 et 142, appelle, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

I. Sur la procédure d'adoption de la loi

Les députés requérants soulignent que le projet de loi, qui comportait 50 articles lors de son dépôt sur le bureau du Sénat le 5 février 2020 et 150 articles lors de son adoption définitive par l'Assemblée nationale le 28 octobre 2020, a fait l'objet d'un nombre très important d'amendements déposés par le Gouvernement lors de l'examen du texte par chaque assemblée, pour lesquels aucune étude d'impact n'a par hypothèse été établie. Il en résulterait un contournement des dispositions du troisième alinéa de l'article 39 de la Constitution relatives à la présentation des projets de loi.

Toutefois, d'une part, l'article 39 de la Constitution et l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution n'imposent la présentation d'une étude d'impact que pour les projets de loi, avant leur dépôt sur le bureau de la première assemblée saisie, et non pour les amendements. Le grief selon lequel le Gouvernement aurait méconnu ces exigences procédurales en exerçant le droit d'amendement qu'il tient du premier alinéa de l'article 44 de la Constitution est par suite inopérant (décision n° 2010-618 DC, 9 décembre 2010, cons. 8 ; décision n° 2013-687 DC, 23 janvier 2014, cons. 12 ; décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014, cons. 47 et 48 ; décision n° 2018-769 DC, 4 septembre 2018, paragr. 2, 3 et 5).

Par ailleurs, si les dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lesquelles : « *La loi est l'expression de la volonté générale* », et celles du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, selon lesquelles : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants (...)* », imposent le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, aucune atteinte n'a en l'espèce été portée à ces exigences, eu égard, d'une part, au faible nombre de dispositions introduites au Sénat et à l'Assemblée nationale par voie d'amendements du Gouvernement et, d'autre part, à l'objet de ces amendements, qui n'étaient pas dépourvus de lien avec le projet de loi soumis à l'examen de ces assemblées (cf. décision n° 2016-739 DC du 17 nov. 2016, paragr. 5 ; décision n° 2018-777 DC, 28 décembre 2018, paragr. 7 ; décision n° 2019-778 DC, 21 mars 2019, paragr. 8).

Il résulte de ce qui précède que la loi d'accélération et de simplification de l'action publique a été adoptée selon une procédure conforme à la Constitution.

II. Sur les dispositions contestées

1. Sur l'article 34

L'article 34 de la loi déferée modifie l'article L. 512-5 du code de l'environnement, relatif aux règles générales et prescriptions techniques qu'il appartient au ministre chargé des installations classées de prendre par voie d'arrêtés à l'égard des installations classées pour la protection de l'environnement soumises à une autorisation délivrée par le préfet, dénommée « autorisation environnementale ». Ces installations sont celles qui, en vertu de l'article L. 512-1 du même code, présentent de graves dangers ou inconvénients pour les intérêts visés à l'article L. 511-1 de ce code, lesquels incluent la commodité du voisinage, la santé, la sécurité, la salubrité publiques, l'agriculture, la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, l'utilisation rationnelle de l'énergie et la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique.

L'article 34 modifie également l'article L. 512-7 du code de l'environnement, relatif aux prescriptions générales qu'il appartient au ministre chargé des installations classées de prendre par voie d'arrêtés à l'égard des installations soumises à une autorisation simplifiée délivrée par le préfet, dénommée « enregistrement ». Ces installations sont celles qui présentent des dangers ou inconvénients graves pour les mêmes intérêts, lorsque ces dangers et inconvénients peuvent être prévenus par le respect des prescriptions générales édictées par le ministre.

L'article 34 modifie enfin l'article L. 512-10 du code de l'environnement, relatif aux prescriptions générales qu'il appartient au ministre chargé des installations classées de fixer par voie d'arrêtés à l'égard de certaines catégories d'installations soumises à déclaration.

Les articles L. 512-5, L. 512-7 et L. 512-10 prévoient que les arrêtés ministériels fixant les règles générales et prescriptions techniques applicables aux installations soumises à autorisation et les prescriptions générales applicables aux installations soumises à enregistrement ou déclaration s'imposent de plein droit aux installations nouvelles et que ces arrêtés déterminent les délais et conditions dans lesquels ils s'appliquent aux installations existantes.

L'article 34 de la loi déferée précise que, sauf motif tiré de la sécurité, de la santé ou de la salubrité publiques ou du respect des engagements internationaux de la France, notamment du droit de l'Union européenne, d'une part, ces mêmes délais et conditions s'appliquent aux projets ayant fait l'objet d'une demande d'autorisation ou d'enregistrement complète à la date de publication de l'arrêté et, d'autre part, les prescriptions relatives aux dispositions constructives concernant le gros œuvre ne peuvent faire l'objet d'une application aux installations existantes ou aux projets ayant fait l'objet d'une demande d'autorisation ou d'enregistrement complète à la date de publication de l'arrêté. Il précise enfin qu'une demande d'autorisation ou d'enregistrement est présumée complète lorsqu'elle répond aux conditions de forme prévues par le code de l'environnement.

Les députés requérants soutiennent que ces dispositions méconnaissent les articles 1^{er} et 3 de la Charte de l'environnement ainsi que le principe de non-régression du droit de l'environnement. Ils font notamment valoir que des considérations tirées de la protection de l'environnement ne pourront pas être prises en compte pour écarter l'application des

dispositions contestées et critiquent le choix d'un critère purement formel pour définir la notion de demande complète.

L'article 1^{er} de la Charte de l'environnement dispose : « *Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». Son article 3 dispose : « *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ». Il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives, de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés par cet article, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions. Vous exercez, en la matière, un contrôle restreint, en refusant de substituer votre appréciation à celle du législateur sur les moyens par lesquels celui-ci entend mettre en œuvre le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé ainsi que le principe de prévention des atteintes à l'environnement (décision n° 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, cons. 7 et 8).

Par ailleurs, vous avez considéré, lors de l'examen de la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages¹, que le principe de non-régression introduit au 9° de l'article L. 110-1 du code de l'environnement, aux termes duquel : « *La protection de l'environnement, assurée par les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'environnement, ne peut faire l'objet que d'une amélioration constante, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment* », s'impose, dans le cadre des dispositions législatives propres à chaque matière, au pouvoir réglementaire (décision n° 2016-737 DC, 4 août 2016, paragr. 10). Il en résulte qu'il ne s'impose pas au législateur.

Ceci étant rappelé, il sera observé, en premier lieu, concernant le principe de non-régression, que le pouvoir constituant a eu soin, dans la Charte de l'environnement de 2004, de ne pas accorder de prééminence à l'objectif de protection et de mise en valeur de l'environnement, par rapport à ceux de développement économique et de progrès social, qui tous trois, aux termes de l'article 6, doivent être conciliés. Cette absence de hiérarchisation est également rappelée par le considérant de la Charte qui affirme « *la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la nation* ». Rien, dans les travaux préparatoires de la Charte, ne caractérise une quelconque intention du constituant de consacrer à ce niveau de norme un principe de non-régression.

En deuxième lieu, les dispositions contestées n'ont ni pour objet, ni pour effet de faire échapper des installations classées pour la protection de l'environnement soumises à autorisation ou à enregistrement à l'application des règles générales et prescriptions techniques ou des prescriptions générales édictées par arrêtés ministériels dans l'intérêt de la protection de l'environnement. Elles n'ont pas davantage pour objet ou pour effet de soustraire les installations en cause à l'obligation d'obtenir, selon le cas, une autorisation ou un enregistrement. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, elles ont seulement pour objet de soumettre les installations en cours d'autorisation aux mêmes règles que celles qui sont applicables aux installations existantes en ce qui concerne les conditions et délais selon lesquels des prescriptions nouvelles s'appliqueront à elles et, par ailleurs, de prévoir qu'en principe, les dispositions nouvelles en matière de construction ne trouvent pas à s'appliquer aux installations existantes et aux installations en cours d'autorisation, conformément, au demeurant, au principe posé par le Conseil d'Etat statuant au contentieux selon lequel les prescriptions que le ministre chargé des installations classées peut rendre applicables aux installations existantes ne doivent pas être disproportionnées par rapport à ce que nécessite la

¹ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

protection des intérêts mentionnés par l'article L. 511-1 du code de l'environnement (CE, 8 octobre 2012, *Coop de France et autres*, n° 340486, aux Tables).

En troisième lieu, le législateur a prévu que les règles qu'il a énoncées ne trouveraient pas à s'appliquer lorsqu'un motif tiré de la sécurité, de la santé ou de la salubrité publiques ou du respect des engagements internationaux de la France y ferait obstacle. Il sera relevé, à titre d'illustration à cet égard, que trois arrêtés parus au Journal officiel du 26 septembre 2020 dans le cadre des suites de l'accident dit de Lubrizol comportent des dispositions relatives au gros œuvre qui s'appliquent aux installations existantes, en considération d'un motif de sécurité publique.

En quatrième lieu, en prévoyant qu'une demande est présumée complète lorsqu'elle répond aux conditions de forme prévues par le code de l'environnement, le législateur s'est borné, dans l'exercice de son pouvoir, à définir, de façon suffisamment précise, le champ d'application de la disposition qu'il a adoptée.

Enfin, les dispositions contestées demeurent sans incidence sur les prescriptions particulières dont le préfet peut, dans l'exercice de ses pouvoirs propres de police spéciale, assortir l'autorisation environnementale ou l'enregistrement, en vue de compléter ou renforcer les prescriptions générales édictées par arrêté ministériel.

Il résulte de ce qui précède que le grief tiré de la méconnaissance des articles 1^{er} et 3 de la Charte de l'environnement et, en tout état de cause, le grief tiré de la méconnaissance du principe de non-régression doivent être écartés.

2. Sur l'article 44

L'article L. 181-9 du code de l'environnement prévoit que l'instruction de la demande d'autorisation environnementale des installations classées pour la protection de l'environnement et des installations, ouvrages, travaux et activités soumis à autorisation au titre de la loi sur l'eau se déroule en trois phases : une phase d'examen, une phase d'enquête publique et une phase de décision. Les dispositions des 1^o et 2^o du I de l'article 44 de la loi déferée substituent une « phase de consultation du public » à la phase d'enquête publique et modifient par conséquent l'article L. 181-10 du code de l'environnement relatif à cette deuxième phase.

Ces dispositions prévoient que la consultation du public continuera d'être réalisée sous la forme d'une enquête publique chaque fois que celle-ci est requise par l'article L. 123-2 du code de l'environnement, notamment pour les projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements devant comporter une évaluation environnementale, mais aussi lorsque l'autorité qui organise la consultation « *estime, pour le projet concerné, qu'une enquête publique doit être organisée, en fonction de ses impacts sur l'environnement ainsi que des enjeux socio-économiques qui s'y attachent ou de ses impacts sur l'aménagement du territoire* ». Dans les autres cas, la consultation sera réalisée conformément aux dispositions de l'article L. 123-19 du code de l'environnement qui instituent une procédure de participation du public par voie électronique.

Enfin, le 3^o du I et le II de l'article 44 modifient par coordination les dispositions de l'article L. 181-31 du code de l'environnement et celles de l'article L. 2391-3 du code de la défense en ce qui concerne les projets d'installations, ouvrages, travaux et activités relevant du ministre de la défense.

Les auteurs de la saisine soutiennent qu'en se bornant à exiger la prise en compte par le préfet des « *impacts sur l'environnement* » d'un projet entrant dans le champ de l'article L. 181-9 du code de l'environnement, le législateur n'a pas suffisamment encadré l'appréciation qu'il appartiendra à l'autorité administrative de porter sur la nécessité d'organiser une enquête publique, ce dont il résulterait la méconnaissance des articles 1^{er} et 7 de la Charte de l'environnement.

Aux termes de l'article 7 de cette Charte : « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». Vous jugez qu'il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions (décision n° 2014-396 QPC du 23 mai 2014, cons. 4).

En application de ce contrôle restreint, vous avez admis qu'une procédure de consultation sur un projet de décision publique ayant une incidence sur l'environnement puisse prendre une forme différente de celle de la procédure formalisée d'enquête publique, qu'il s'agisse d'une consultation du public sur un dossier de déclaration d'utilité publique (décision n° 2015-518 QPC, 2 février 2016, cons. 12) ou de la procédure définie à l'article L. 120-1 du code de l'environnement, laquelle repose sur la publication préalable du projet de décision par voie électronique dans des conditions permettant au public de formuler des observations ou sur la publication du projet de décision avant la saisine d'un organisme consultatif comportant des représentants des catégories de personnes concernées par la décision en cause (décision n° 2016-595 QPC du 18 nov. 2016, paragr. 8 et 9).

Ceci étant rappelé, il sera observé, en premier lieu, que l'article 44 de la loi déferée se borne à adapter la procédure de consultation du public en fonction de l'importance des enjeux environnementaux et n'a par conséquent ni pour objet ni pour effet de permettre que l'autorisation environnementale puisse être délivrée sans qu'une procédure de consultation du public ait été organisée.

En deuxième lieu, la procédure définie à l'article L. 123-19 du code de l'environnement satisfait l'exigence de participation du public, dès lors qu'elle prévoit que le dossier est mis à la disposition du public par voie électronique ou, sur demande, sur support papier, que le public est informé par un avis mis en ligne ainsi que par un affichage en mairie ou sur les lieux concernés par le projet et, selon l'importance du projet, par voie de publication locale, que l'avis décrit le projet, communique les coordonnées des autorités compétentes pour prendre la décision ainsi que celles auprès desquelles des renseignements pertinents peuvent être obtenus, et que les observations et propositions du public peuvent être déposées par voie électronique pendant une durée d'au moins trente jours en vue d'être adressées à l'autorité administrative.

En troisième lieu, s'il appartient au préfet, sous le contrôle du juge, d'apprécier si le projet doit, eu égard à ses impacts sur l'environnement, lesquels doivent s'entendre d'impacts suffisamment importants, faire l'objet d'une enquête publique, une consultation du public, prenant au moins la forme de celle que prévoit l'article L. 123-19 du code de l'environnement, sera dans tous les cas organisée.

Il résulte de ce qui précède que le grief tiré de la méconnaissance de l'article 7 de la Charte de l'environnement n'est pas fondé. Enfin, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 1^{er} ne peut être utilement invoqué à l'encontre d'une disposition législative ayant

pour seul objet de définir les modalités de la participation du public à l'élaboration de décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.

3. Sur certaines dispositions de l'article 56

Dans sa version en vigueur, l'article L. 181-30 du code de l'environnement pose le principe que les autorisations d'urbanisme mentionnées aux articles L. 421-1 à L. 421-4 du code de l'urbanisme, c'est-à-dire le permis de construire, le permis d'aménager, le permis de démolir et la non-opposition à déclaration préalable, ne peuvent pas recevoir exécution avant la délivrance de l'autorisation environnementale, tout en dérogeant à ce principe pour les permis de démolir, si la démolition ne porte pas atteinte aux intérêts mentionnés à l'article L. 181-3 du code de l'environnement.

Afin d'accélérer l'implantation de projets industriels en France, le paragraphe I de l'article 56 de la loi déferée complète ce dispositif en permettant au pétitionnaire, à ses frais et risques, de commencer certains travaux avant la délivrance de l'autorisation environnementale, lorsque l'autorité administrative compétente pour délivrer l'autorisation environnementale l'y autorise.

Les députés requérants soutiennent que l'exécution anticipée des travaux, intervenant par hypothèse avant que les conditions nécessaires à la préservation de l'environnement n'aient été fixées par l'autorisation environnementale, est susceptible de porter une atteinte irréversible à l'environnement, ce dont il résulterait la méconnaissance des articles 1^{er} et 3 de la Charte de l'environnement. Ils font également valoir que les dispositions contestées de l'article 56 portent atteinte au droit à un recours effectif, qui découle de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, dans la mesure où l'exécution anticipée des travaux priverait d'objet une requête en référé-suspension introduite contre l'autorisation environnementale elle-même. Enfin, ils estiment que la disposition selon laquelle le pétitionnaire agit à ses frais et risques lorsqu'il engage les travaux avant la délivrance de l'autorisation environnementale, ne fait pas obstacle à des actions indemnitaires ultérieures, de sorte qu'elle doit être regardée comme portant atteinte à la sécurité juridique qui découle du même article 16.

Aucun de ces griefs n'est fondé.

En premier lieu, le législateur a strictement défini le champ de la dérogation qu'il a créée. Il a ainsi écarté toute exécution anticipée de travaux dont la réalisation nécessite l'une des décisions mentionnées au I de l'article L. 181-2 du code de l'environnement, telles qu'une autorisation de défrichement, une autorisation pour l'émission de gaz à effet de serre, une absence d'opposition au titre du régime d'évaluation des incidences Natura 2000 ou une dérogation aux interdictions édictées pour la conservation de sites d'intérêt géologique, d'habitats naturels, d'espèces animales non domestiques ou végétales. Sont également exclus les travaux devant recevoir l'autorisation mentionnée au I de l'article L. 214-3 du code de l'environnement, en tant qu'ils sont susceptibles de nuire au libre écoulement des eaux, de réduire la ressource en eau, d'accroître notablement le risque d'inondation ou de porter gravement atteinte à la qualité ou à la diversité du milieu aquatique, notamment aux peuplements piscicoles.

En deuxième lieu, le législateur a défini une procédure entourée de garanties adaptées. Il a en effet subordonné l'exécution anticipée des travaux à une demande du pétitionnaire, à une information préalable du public sur la possibilité de commencer les travaux par anticipation et à une décision spéciale de l'administration, postérieure à la

délivrance de l'autorisation d'urbanisme. S'agissant en particulier de cette décision, il a donné compétence, pour autoriser l'exécution anticipée de travaux, à l'autorité administrative compétente pour délivrer l'autorisation environnementale, en l'occurrence au préfet, qui disposera ainsi de l'ensemble des informations pertinentes sur la nature du projet et ses risques pour l'environnement. La décision d'autorisation devra être motivée et désigner, parmi les travaux autorisés au titre des règles d'urbanisme, ceux dont l'exécution peut être anticipée. Elle ne pourra être délivrée avant l'expiration d'un délai, fixé par voie réglementaire, courant à partir de la fin de la consultation du public, et sera soumise aux mêmes modalités de publicité que l'autorisation environnementale. Enfin, la décision pourra être contestée devant le juge administratif, dans le cadre d'un recours en annulation, et le juge des référés pourra être parallèlement saisi d'une demande de suspension sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

Le grief tiré de la méconnaissance des articles 1^{er} et 3 de la Charte de l'environnement doit par suite être écarté.

Doit de même être écarté le grief tiré d'une violation du droit à un recours juridictionnel effectif dès lors que, contrairement à ce que soutiennent les députés requérants, l'exécution des travaux par anticipation ne saurait faire perdre son objet à une demande en référé tendant à la suspension de l'autorisation environnementale délivrée postérieurement, dès lors que ces deux décisions, prises en application de règles distinctes, ont un objet distinct ; l'autorisation environnementale permettra en effet la mise en service de l'installation projetée dans le bâtiment qui aura pu faire l'objet d'une construction anticipée.

Enfin, en énonçant que les autorisations d'urbanisme peuvent recevoir exécution avant la délivrance de l'autorisation environnementale aux « frais et risques » du pétitionnaire, le législateur a clairement signifié que ce dernier n'aurait aucun droit à indemnité en cas de refus de l'autorisation environnementale, dès lors qu'il s'est délibérément placé dans une situation de risque accepté, excluant ainsi toute mise en cause de la responsabilité de la puissance publique. Le grief tiré d'une atteinte au principe de sécurité juridique ne peut donc qu'être écarté.

4. Sur l'article 131

L'article 131 de la loi déferée modifie plusieurs articles du code de la commande publique.

Les députés requérants soutiennent que cet article, issu d'un amendement présenté par le Gouvernement, n'a aucun lien avec les dispositions du projet de loi déposé sur le bureau du Sénat et méconnaît pour ce motif les dispositions de la dernière phrase du premier alinéa de l'article 45 de la Constitution.

Ils critiquent également les dispositions du 1^o de son I qui autorisent un acheteur public à passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans le cas où le respect d'une telle procédure serait manifestement contraire à un motif d'intérêt général. Ils font valoir qu'en s'abstenant de définir un tel motif dans la loi et en se bornant à renvoyer à un décret en Conseil d'Etat, le législateur n'aurait pas exercé pleinement la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution.

En ce qui concerne le premier grief, il est rappelé que la loi déferée a pour origine le projet de loi déposé le 5 février 2020 sur le bureau du Sénat, première assemblée saisie. Ce projet comportait cinquante articles, dont un article 46 ayant pour objet de compléter l'article

L. 2512-5 de la commande publique afin d'exclure des règles des marchés publics, d'une part, les services juridiques de représentation légale d'un client par un avocat dans le cadre d'une procédure juridictionnelle, devant les autorités publiques ou les institutions internationales ou dans le cadre d'un mode alternatif de règlement des conflits, d'autre part, les services de consultation juridique fournis par un avocat en vue de la préparation ou dans la perspective d'une telle procédure. Il s'agissait d'éviter de soumettre à une procédure formalisée ces catégories de marchés de services exclus du champ de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics par l'article 10 de cette directive, que la Cour de justice de l'Union européenne a jugé valide dans un arrêt du 6 juin 2019 (affaire C-264/18). L'étude d'impact jointe au projet de loi soulignait que l'article 46, qui impliquait de modifier des dispositions législatives du code de la commande publique, était de nature à limiter le coût administratif et financier de la procédure de passation pour les acheteurs comme pour les opérateurs économiques et à simplifier le droit de la commande publique.

Les dispositions de l'article 131 de la loi déferée présentent par suite un lien avec l'article 46 du projet de loi, s'agissant de dispositions qui modifient la même partie du même code, en vue de limiter les cas de recours à une procédure formalisée, d'assurer une meilleure prise en compte des intérêts des acheteurs publics et des opérateurs économiques et de simplifier le droit de la commande publique.

En outre, il est souligné que les dispositions de l'article 131, en tant notamment qu'elles tendent à préserver les intérêts des entreprises en difficulté et à favoriser l'accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique, sont particulièrement nécessaires au programme de relance économique et très attendues des entreprises comme des acheteurs publics.

En ce qui concerne le second grief, il sera tout d'abord rappelé que, dans sa version en vigueur, l'article L. 2122-1 du code de la commande publique dispose : « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas fixés par décret en Conseil d'Etat lorsque en raison notamment de l'existence d'une première procédure infructueuse, d'une urgence particulière, de son objet ou de sa valeur estimée, le respect d'une telle procédure est inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur* ». Au 1^o de son I, l'article 131 complète cette phrase par les mots : « ou à un motif d'intérêt général ». Une modification analogue est apportée, par le 6^o du I de l'article 131, à l'article L. 2322-1, en ce qui concerne les marchés de défense et de sécurité.

Ce faisant, le législateur n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence.

D'une part, l'objectif qu'il a poursuivi par cet ajout est, en complément des dérogations existantes, de permettre au pouvoir réglementaire de prévoir des hypothèses dans lesquelles les acheteurs seront autorisés à passer un marché sans publicité ni mise en concurrence, lorsqu'une telle procédure serait manifestement contraire à l'intérêt général, mais sans qu'elle puisse être pour autant regardée comme « *inutile, impossible ou manifestement contraire aux intérêts de l'acheteur* » au sens des dispositions en vigueur de l'article L. 2122-1 du code de la commande publique.

D'autre part, il ne lui appartenait pas de définir a priori une liste précise et exhaustive de motifs d'intérêt général justifiant de ne pas recourir à une procédure avec publicité et mise en cohérence. Une telle démarche n'aurait pas permis d'appréhender l'ensemble des situations susceptibles de justifier une telle dispense. Il sera observé à titre d'illustration que les dispositions de l'article R. 2122-9 du code de la commande publique

permettent à l'Etat, aux collectivités territoriales, aux établissements d'enseignement et aux personnes morales gérant des bibliothèques accueillant du public de passer sans publicité ni mise en concurrence préalables un marché de fournitures de livres non scolaires pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement de leurs collections et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxes, en tenant compte de l'impératif de maintien sur le territoire d'un réseau dense de libraires. D'autres cas de dispense ont été mis en œuvre au niveau réglementaire, à titre temporaire ou expérimental, avant comme après la crise sanitaire liée à l'épidémie de covid-19, pour favoriser l'achat innovant, permettre de soutenir des producteurs locaux ou favoriser l'écoulement de stocks de denrées alimentaires constituées pendant l'état d'urgence.

A travers ces exemples, le Gouvernement entend démontrer qu'il n'était pas permis au législateur de définir *a priori* une liste précise et exhaustive de motifs d'intérêt général justifiant de ne pas recourir à une procédure avec publicité et mise en concurrence.

La disposition contestée comporte par ailleurs deux garanties. La première tient à la définition de chaque cas de dispense par décret pris après avis du Conseil d'Etat, étant observé que ces décrets pourront être contestés devant le juge de l'excès de pouvoir, comme l'ont été, au demeurant, les décrets fixant le seuil en-deçà duquel les marchés publics peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable (CE, 10 février 2010, n° 329100, au Recueil et CE, 17 mars 2017, *M. Perez et Ordre des avocats de Paris*, n° 403768 et 403817, aux Tables). La seconde tient à l'exigence que la mise en œuvre d'une procédure de publicité et mise en concurrence soit « *manifestement* » contraire à un motif d'intérêt général, le législateur ayant ainsi exigé que l'intérêt pris en compte soit d'une intensité suffisante, le juge devant faire porter son appréciation sur ce point en cas de contentieux.

Enfin, il convient de rappeler que les principes fondamentaux de la commande publique, tels qu'ils sont mentionnés à l'article L. 3 du code de la commande publique, demeurent en tout état de cause applicables, de même que demeurent applicables les seuils de procédure formalisée définis au niveau européen par les règlements délégués de la Commission européenne.

Il résulte de ce qui précède que doivent être écartés les griefs tirés de ce que la disposition contestée serait entachée d'incompétence négative faute d'avoir précisé ou suffisamment défini les motifs d'intérêt général qui permettent aux acheteurs de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables et de ce qu'elle autoriserait par voie de conséquence une généralisation de dérogations au droit commun de la commande publique 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.

5. Sur l'article 132

L'article 132 complète la deuxième partie du code de la commande publique, relative aux marchés publics, ainsi que la troisième partie de ce code, relative aux concessions, par un livre intitulé « *Dispositions relatives aux circonstances exceptionnelles* ».

En ce qui concerne les marchés publics, le nouvel article L. 2711-1 dispose : « *Lorsqu'il est fait usage de prérogatives prévues par la loi tendant à reconnaître l'existence de circonstances exceptionnelles ou à mettre en œuvre des mesures temporaires tendant à faire face à de telles circonstances et que ces circonstances affectent les modalités de passation ou les conditions d'exécution d'un marché public, un décret peut prévoir*

l'application de l'ensemble ou de certaines des mesures du présent livre aux marchés publics en cours d'exécution, en cours de passation ou dont la procédure de passation n'est pas encore engagée ». Ce décret, qui peut concerner tout ou partie du territoire national, est pris pour une durée ne pouvant excéder deux ans. Sa prorogation peut être autorisée par la loi.

Lorsqu'un tel décret est pris, les acheteurs publics mettent en œuvre les dispositions du nouveau livre VII lorsqu'elles sont nécessaires dans la passation ou l'exécution d'un marché public, pour faire face aux circonstances exceptionnelles. Il peut s'agir d'adapter les modalités de la mise en concurrence, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats, de prolonger les dates de réception des candidatures et des offres, d'autoriser la prolongation par avenant d'un marché lorsqu'une procédure de mise en concurrence ne peut être mise en œuvre, de prolonger le délai d'exécution de ses obligations par le cocontractant de l'administration qui fait face à des difficultés résultant des circonstances exceptionnelles et de permettre à l'acheteur confronté à un cocontractant empêché de conclure un contrat de substitution avec un tiers, tout en le privant de la faculté de sanctionner son cocontractant.

Des règles analogues s'appliquent aux concessions.

L'ensemble de ces dispositions s'inspirent de celles qui ont été prises par l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19.

Les députés requérants soutiennent que l'article 132, issu d'un amendement présenté par le Gouvernement, n'a aucun lien avec les dispositions du projet de loi déposé sur le bureau du Sénat et méconnaît pour ce motif les dispositions de la dernière phrase du premier alinéa de l'article 45 de la Constitution. Ils considèrent aussi qu'en adoptant ces dispositions, sans donner aucune définition des « *circonstances exceptionnelles* » auxquelles il s'est référé, le législateur a méconnu les objectifs de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Enfin, ils estiment que le dispositif dérogatoire créé par les dispositions contestées ne comporte pas un encadrement suffisant, en ce que, notamment, la durée pendant laquelle des mesures peuvent être prises sur le fondement respectivement du livre VII de la deuxième partie et du livre IV de la troisième partie du code de la commande publique peut excéder la durée des circonstances exceptionnelles et peut être renouvelée sans limite.

Ces griefs ne sont pas fondés.

En premier lieu, les dispositions de l'article 132, comme celles de l'article 131, présentent un lien avec l'article 46 du projet de loi, s'agissant de dispositions qui modifient le code de la commande publique et qui ont pour but d'adapter les procédures définies par ce code pour assurer une meilleure prise en compte des intérêts des acheteurs publics et de leurs cocontractants. Elles sont par ailleurs nécessaires pour permettre d'adapter rapidement le droit de la commande publique aux difficultés liées à l'évolution de la crise sanitaire.

En deuxième lieu, d'une part, il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités

administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi (décision n° 2005-514 DC, 28 avril 2005, cons. 14). D'autre part, le législateur ne saurait adopter des dispositions ayant pour objet ou pour effet de généraliser des dérogations au droit commun de la commande publique et qui seraient susceptibles de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique (décision n° 2008-567 DC, 24 juillet 2008, cons. 9).

Au cas présent, le législateur a suffisamment encadré le régime dérogatoire qu'il a créé, en ce qui concerne tant les conditions mises à son déclenchement que sa mise en œuvre et sa durée.

Deux conditions, dont la formulation est parfaitement claire, doivent tout d'abord être réunies pour qu'un décret soit pris sur le fondement des articles L. 2711-1 et L. 3411-1 du code de la commande publique. D'une part, il doit avoir été « *fait usage de prérogatives prévues par la loi tendant à reconnaître l'existence de circonstances exceptionnelles ou à mettre en œuvre des mesures temporaires tendant à faire face à de telles circonstances* », ces prérogatives et mesures étant essentiellement celles qui résultent de la déclaration d'état d'urgence sanitaire en application des dispositions du code de la santé publique et de la déclaration d'état d'urgence sur le fondement de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. D'autre part, ces circonstances exceptionnelles doivent « *affecte[r] les modalités de passation ou les conditions d'exécution* » d'un marché public ou d'un contrat de concession, ce qui ne sera pas systématiquement le cas, par exemple, en cas d'état d'urgence déclaré sur le fondement de la loi du 3 avril 1955.

Le législateur a ensuite exigé que les acheteurs et autorités concédantes ne puissent mettre en œuvre les mesures susceptibles d'être prises sur le fondement respectivement du livre VII de la deuxième partie et du livre IV de la troisième partie du code de la commande publique qu'à la condition qu'elles soient nécessaires pour faire face aux difficultés liées à la survenance des circonstances exceptionnelles et affectant la passation ou l'exécution d'un contrat. Il a également précisé que le décret ne pouvait concerner que la partie du territoire de la République affectée par les circonstances exceptionnelles.

Enfin, la loi déferée a fixé à vingt-quatre mois la durée maximale des mesures prises par décret, en faisant relever de la loi une prorogation au-delà de cette durée. En dissociant la durée d'application de ces mesures de la durée des circonstances exceptionnelles, la loi garantit l'efficacité du dispositif dès lors que les conséquences sur l'exécution des contrats peuvent se prolonger au-delà des circonstances exceptionnelles. Toutefois, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, il devra être mis un terme à ces mesures, y compris à l'intérieur du délai de vingt-quatre mois, dès qu'elles ne seront plus nécessaires pour faire face aux difficultés nées des circonstances exceptionnelles ayant justifié l'adoption du décret.

Il en résulte qu'en adoptant les dispositions de l'article 132, le législateur a pleinement exercé la compétence que lui confie la Constitution. Il n'a pas davantage méconnu l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ni privé de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique.

6. Sur l'article 142

L'article 142 de la loi déferée fixe à 100 000 € hors taxes, jusqu'au 31 décembre 2022 inclus, le seuil en-deçà duquel les acheteurs publics peuvent conclure un marché de travaux sans publicité ni mise en concurrence préalables. La mesure s'appliquera aux marchés

publics pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence envoyé à la publication à compter de la publication de la loi déferée.

Les députés requérants soutiennent que l'article 142, issu d'un amendement parlementaire, n'a aucun lien avec les dispositions du projet de loi déposé sur le bureau du Sénat et méconnaît pour ce motif les dispositions de la dernière phrase du premier alinéa de l'article 45 de la Constitution. Ils estiment également qu'il augmente le risque que des faits de corruption soient commis à l'occasion de l'attribution de marchés de travaux. Enfin, ils disent craindre qu'un tel relèvement du seuil de publicité et de mise en concurrence favorise les grandes entreprises au détriment des entreprises petites et moyennes.

En premier lieu, les dispositions de l'article 142, comme celles des articles 131 et 132, présentent un lien avec l'article 46 du projet de loi, s'agissant de dispositions qui modifient le code de la commande publique, en vue d'adapter les procédures définies par ce code pour assurer une meilleure prise en compte des intérêts des acheteurs publics et de leurs cocontractants. Il résulte en outre des travaux parlementaires que cette mesure temporaire, très attendue par les acheteurs et les entreprises, a été adoptée face à la gravité de la crise économique, pour faire en sorte que la commande publique, qui représente près de 8 % du produit intérieur brut, soit pleinement au service de l'économie française et de la relance.

En deuxième lieu, l'article 142 ne saurait être regardé comme ayant pour objet ou pour effet de généraliser des dérogations au droit commun de la commande publique qui seraient susceptibles de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique.

Il s'agit tout d'abord d'une mesure temporaire, applicable pendant une durée de vingt-quatre mois.

L'acheteur est ensuite libre de ne pas faire usage de cette dispense, lorsqu'il estime qu'une mise en concurrence serait utile, et pourra dans ce cas mettre en œuvre une procédure adaptée.

Au demeurant, comme l'indiquent les tableaux ci-dessous, l'impact du relèvement temporaire du seuil est relatif. Les marchés de travaux de l'Etat et du secteur hospitalier d'un montant inférieur à 100 000 € mais supérieur à 40 000 €, qui est le seuil défini à l'article R. 2122-8 du code de la commande publique, dans sa rédaction issue de l'article 1^{er} du décret n° 2019-1344 du 12 décembre 2019 modifiant certaines dispositions du code de la commande publique relatives aux seuils et aux avances, ne représentent que 9,2 % du nombre total de ces marchés et seulement 2,3 % de leur montant total. Quant aux marchés de travaux des collectivités locales compris dans cette même fourchette, ils représentent 18,5 % de leur nombre et seulement 2,9 % de leur montant total. Ces pourcentages sont plus faibles encore si l'on raisonne par rapport au seuil de 70 000 € applicable aux marchés de travaux du 23 juillet 2020 au 10 juillet 2021 inclus.

Etat et Secteur hospitalier	Nombre de marchés	Montants de marchés	% en nombre	% en montant
inférieurs à 40 000 €	10040	93 937 149 €	68,4%	2,5%
entre 40 000 € et 70 000 €	803	43 096 518 €	5,5%	1,1%
entre 70 000 € et 100 000 €	549	46 915 492 €	3,7%	1,2%
plus de 100 000 €	3288	3 577 283 935 €	22,4%	95,1%
Total	14680	3 761 233 094 €	100,0%	100,0%

Collectivités locales	Nombre de marchés	Montants de marchés	% en nombre	% en montant
inférieurs à 40 000 €	7270	141 137 251 €	22,5%	1,0%
entre 40 000 € et 70 000 €	3269	176 061 091 €	10,1%	1,2%
entre 70 000 € et 100 000 €	2707	235 356 748 €	8,4%	1,7%
plus de 100 000 €	19087	13 615 609 104 €	59,0%	96,1%
Total	32333	14 168 164 194 €	100,0%	100,0%

Enfin, le législateur a prévu qu'il appartiendrait aux acheteurs de veiller à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin, ces prescriptions ayant été regardées comme des garanties suffisantes, au regard des principes de l'égalité de traitement des candidats et de la liberté d'accès aux marchés publics, par le Conseil d'Etat statuant au contentieux, lorsqu'il s'est prononcé sur un recours dirigé contre l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics fixant à 25 000 € le seuil en-deçà duquel les marchés publics peuvent être négociés sans publicité ni mise en concurrence préalable (CE, 17 mars 2017, M. Pérez et ordre des avocats de Paris, n° 403768 et 403817, aux Tables).

En troisième lieu, et comme l'a relevé le Conseil d'Etat statuant au contentieux dans le même arrêt, un relèvement du seuil de mise en concurrence se justifie par la nécessité d'éviter que ne soit imposé aux acheteurs, pour des marchés d'un montant peu élevé, le recours à des procédures dont la mise en œuvre ne serait pas indispensable pour assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics et qui pourraient même, en certains cas, dissuader des opérateurs économiques de présenter leur candidatures. Ainsi, et contrairement à ce que soutiennent les députés requérants, le relèvement du seuil ne défavorise pas les petites et moyennes entreprises, mais leur permet au contraire d'accéder à la commande publique sans passer par une procédure lourde au regard des moyens qu'elles peuvent y consacrer et des montants en jeu.

En dernier lieu, la crainte exprimée par les auteurs de la saisine d'une augmentation du nombre de manquements au devoir de probité peut être écartée, dès lors que les acheteurs demeurent soumis à l'obligation de publier des informations sur les marchés conclus dès 25 000 € pour garantir l'indispensable exigence de transparence.

Les griefs dirigés contre l'article 142 de la loi déferée doivent donc être écartés.

III. Sur certaines dispositions de l'article 79

Le 1° du I de l'article 79 habilite le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier les dispositions du code forestier relatives à l'Office national des forêts « afin d'élargir les possibilités de recrutement d'agents contractuels de droit privé et de leur permettre de concourir à l'exercice de l'ensemble des missions confiées à l'office, y compris la constatation de certaines infractions

et à l'exclusion de leur recherche, par certains d'entre eux commissionnés et assermentés à cet effet ».

L'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement quelle est la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances et leurs domaines d'intervention (décision n° 86-207 DC, 26 juin 1986, cons. 13), sans toutefois imposer au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation (même décision, cons. 21).

En adoptant les dispositions du 1° du I de l'article 79, le législateur n'a pas méconnu cette exigence. En particulier, il résulte des termes mêmes de ces dispositions que les infractions que des agents contractuels de droit privé recrutés par l'Office national des forêts seront habilités à constater, à l'exclusion de leur recherche, sont celles qu'il entre dans les missions des agents de droit public de l'Office de constater en application de l'article L. 161-4 du code forestier, c'est-à-dire les « infractions forestières » définies à l'article L. 161-1 de ce code, ainsi que celles prévues par certains autres textes, en particulier le code de l'environnement, et qui peuvent être commises en forêt, telles que les infractions à la législation en matière d'eau et de milieux aquatiques marins (article L. 216-3 du code de l'environnement).

L'article 79 prévoit également, aux A, B et C de son II, que les organisations syndicales représentatives des personnels de l'Office national des forêts et les organisations syndicales représentatives des personnels des chambres d'agriculture au niveau national et les représentants des employeurs seront associés à l'élaboration des ordonnances mentionnées aux 1°, 2° et 3° du I de l'article 79 qui les concernent.

Ces dispositions actent le principe d'une concertation avec ces organisations, dans le cadre du processus d'élaboration des trois ordonnances, sans lier le Gouvernement dans la détermination des mesures qu'il prendra à l'issue de cette concertation. Elles ne présentent pas le caractère d'une injonction qui serait adressée par le législateur au Gouvernement en méconnaissance des prérogatives que la Constitution attribue à ce dernier, ainsi que vous avez pu en juger s'agissant de dispositions législatives analogues.

Pour ces raisons, le Gouvernement est d'avis qu'aucun des griefs articulés par les auteurs de la saisine n'est de nature à conduire à la censure des dispositions de la loi d'accélération et de simplification de l'action publique. Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter le recours dont il est saisi.