



**HAL**  
open science

# Les contrats de partenariat : politique jurisprudentielle versus volontarisme politique

Patricia Rrapi

► **To cite this version:**

Patricia Rrapi. Les contrats de partenariat : politique jurisprudentielle versus volontarisme politique. Revue française de droit constitutionnel, 2009, 77, pp.197-205. 10.3917/rfdc.077.0175 . hal-02080434

**HAL Id: hal-02080434**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-02080434v1>**

Submitted on 8 Apr 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Patricia Rrapi

— Décision n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008, Loi relative aux contrats de partenariat, *JO* du 29 juillet 2008, p. 12151.

- Saisine par soixante députés et soixante sénateurs.
- Principes du droit commun de la commande publique.
- Principe d'égalité devant la commande publique.
- Principe du bon usage des deniers publics.

## *LES CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ : POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE VERSUS VOLONTARISME POLITIQUE*

« Le Conseil constitutionnel a infligé un camouflet au gouvernement »<sup>91</sup>, s'exclamait le sénateur socialiste Jean-Pierre Sueur – l'un des initiateurs de la saisine du Conseil constitutionnel – suite à l'invalidation partielle par la Haute juridiction de la loi relative aux contrats de partenariat public-privé<sup>92</sup>. La décision du Conseil constitutionnel, tout en atténuant, en effet, la volonté politique qui semblait animer la réalisation des grands projets d'utilité nationale<sup>93</sup>, confirme, quelques années après la décision du 22 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure<sup>94</sup>, la nature déroga-toire du contrat de partenariat public-privé.

Saisie par plus de soixante députés et de soixante sénateurs, la juridiction constitutionnelle a, dans la décision du 24 juillet 2008, déclaré contraire à la Constitution trois dispositions de la loi, a soulevé d'office l'inconstitutionnalité de son article 16 et a émis une réserve d'interprétation. Le Conseil, dans son œuvre d'interprète de la Constitution, précise, en effet et pour la première fois, le sens de l'article 72 alinéa 5<sup>95</sup> de la Constitution en indiquant que la notion de « chef de file » n'implique pas, pour la collectivité bénéficiaire, un transfert de compétences, et invalide ainsi la loi en ce qu'elle permettait à une collectivité – après une convention des modalités de coopération allant jusqu'au transfert de compétences – de négocier et de signer un contrat de partenariat au nom et pour le compte de plusieurs collectivités<sup>96</sup>. Si la Haute juridiction soulève d'office, pour la première fois là encore, la non-conformité d'une disposition de la loi au principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi – ouvrant ainsi une porte, bien qu'étroite<sup>97</sup>, aux exigences constitutionnelles relatives à la qualité des lois – ce sont les considérants sur la définition des contrats de partenariat

91. *Le Monde*, 29 juillet 2008.

92. Loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat, *JO* du 29 juillet 2008, p. 12144.

93. Lettre adressée le 1<sup>er</sup> octobre 2007 par le chef de l'État au Premier ministre.

94. C.C., déc. n° 2002-460 du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, *Rec.*, p. 198.

95. L'article 72 al. 5 de la Constitution dispose qu'aucune « collectivité ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune ».

96. Voir sur ce point J.-D. Dreyfus, « La présomption d'urgence viole les exigences constitutionnelles relatives à la commande publique », *AJDA*, 2008, p. 1666 et s.

97. Le Conseil constitutionnel censure en effet une simple erreur matérielle de la loi, le législateur ayant indiqué à deux reprises le seuil supérieur (*lapsus calami*).

public-privé qui viennent illustrer, de manière « symptomatique »<sup>98</sup>, l'œuvre jurisprudentielle du Conseil.

Après avoir décerné, dans sa jurisprudence antérieure<sup>99</sup>, « un brevet de constitutionnalité »<sup>100</sup> aux contrats de partenariat public-privé, le Conseil, dans la décision du 24 juillet 2008, précise les exigences constitutionnelles formulées durant les six dernières années.

Le contrat de partenariat public-privé – technique empruntée au droit anglo-saxon – est apparu, depuis quelques années, comme un instrument efficace afin d'assurer une meilleure gestion des deniers publics en réalisant des formes de contrat plus souples et en permettant un partage de risque entre la personne publique et les cocontractants privés. Le contrat de partenariat est ainsi « un contrat administratif par lequel l'État [et les collectivités territoriales] ou un établissement public de l'État [et des collectivités territoriales] confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public »<sup>101</sup>. Le Conseil constitutionnel, sans condamner ce nouveau type de contrats, a entendu revêtir d'un caractère exceptionnel le recours à ces derniers. Le juge constitutionnel s'est retrouvé, d'un côté, à promouvoir la nouvelle gestion du service public grâce à un type de contrat plus adapté à la complexité des grands projets d'intérêt national et, de l'autre côté, à éviter la marginalisation des autres contrats de la commande publique. Le juge s'est fait ainsi le promoteur d'un équilibre entre l'engouement du gouvernement pour le contrat de partenariat et le caractère dérogoire de celui-ci<sup>102</sup>. Il a pu, en effet, intégrer au rang constitutionnel les principes du droit commun de la commande publique en puisant, pour ses arguments, dans les dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité devant la loi, la protection de la domanialité publique et le bon usage des deniers publics. Cela, tout en encadrant plus strictement un nouveau type de contrat, grâce aux réserves d'interprétation, sans le censurer pour autant. Le projet de loi sur les contrats de partenariat public-privé, sous couvert de respecter les exigences constitutionnelles émises par la Haute juridiction, entendait en réalité les détourner en mettant en place une présomption d'urgence que le Conseil n'a pas manqué de censurer dans sa décision du 24 juillet 2008.

Deux positions se trouvent ainsi confrontées : d'une part, le Conseil qui entend maintenir sa jurisprudence sur les contrats de partenariat public-

98. D. Linotte, « Actualité du droit des contrats de partenariat, autour de la décision du Conseil constitutionnel du 24 juillet 2008 », *Gazette du Palais*, n° 221, p. 2.

99. C.C., déc. n° 2002-460 du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, précit., n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec., p. 204 ; n° 2003-473 du 26 juin 2003, *Loi autorisant le gouvernement à simplifier le droit*, Rec., p. 382 ; n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit*, Rec., p. 211.

100. F. Lichère, « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé : *bis repetita non placent*, commentaire des considérants 13 à 20 de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 », *RDP*, 2003, p. 1165

101. Articles 1<sup>er</sup> et 18 de la loi du 28 juillet 2008, précitée.

102. P. Labayle-Pabet, N. Gardères, « Loi sur le contrat de partenariat : l'ouverture ? », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2007, n° 44, p. 38.

privé (I) et, d'autre part, le Gouvernement qui compte sur les nouvelles techniques, tel le contrat de partenariat public-privé, pour entreprendre une réforme de l'État (II).

1 – UNE CONTINUITÉ DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE :  
L'« EXTERNALISATION » ENCADRÉE DU SERVICE PUBLIC

Sans recourir à de nouveaux fondements juridiques, la décision du 24 juillet 2008 met, toutefois, le Gouvernement face à une idée sous-jacente à la jurisprudence du juge constitutionnel : l'externalisation encadrée du service public. Cette jurisprudence, sans être dépourvue de toute justification (B), a pourtant fait l'objet de nombreuses critiques (A).

*A – Les controverses autour de la constitutionnalisation  
des principes du droit commun de la commande publique*

Le juge constitutionnel a dégagé dans un considérant de principe, sans pour autant leur donner valeur constitutionnelle, trois principes du droit commun de la commande publique et de la domanialité publique : la règle de séparation des fonctions de concepteur et de constructeur, la règle d'appréciation séparée des lots construction et exploitation/maintenance et l'interdiction du recours au crédit-bail ou à l'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public. Mais ces trois principes, explique le juge, ne sont pas dépourvus d'une certaine dimension constitutionnelle dans la mesure où ils permettent d'assurer la « garantie légale des exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ».

Ce considérant de principe, que le Conseil reprend régulièrement dans ses décisions lorsqu'il est amené à se prononcer sur le contrat de partenariat, n'est pas passé inaperçu. La doctrine s'est attaquée aussi bien au contenu de ces principes qu'à la technique du juge constitutionnel.

Il est évident, a-t-on souligné, que si le Conseil était libre de consacrer une notion nouvelle qui, auparavant, était dépourvue de sens juridique – la notion de commande publique – il lui était, en revanche, plus difficile de dégager, pour un ensemble de contrats hétéroclites, une règle de droit commun<sup>103</sup>. La notion de commande publique regroupe en réalité un ensemble de contrats publics mal définis : marchés publics et tout autre contrat par lesquels la personne publique se procure des biens et des services. Or, les principes, que le Conseil a cru voir dans un « droit commun de la commande publique », ne s'appliquent, le plus souvent, qu'à certains contrats publics. Si la séparation des fonctions de concepteur et de constructeur est de plus en plus mise à mal dans la pratique, elle ne fut jamais une règle commune à tous les contrats publics.

103. E. Fatôme, L. Richer, « Le Conseil constitutionnel et le “droit commun” de la “commande publique” et de la domanialité publique », *AJDA*, p. 2349 et s. Pour une opinion contraire voir F. Linditch, « Et si le Conseil constitutionnel avait vu juste ? », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 2004, p. 449-454.

Les dérogations nombreuses à ce principe – prévues par les textes législatifs – ne pouvaient laisser le juge constitutionnel indifférent lorsque, saisi de la question, il a cru y distinguer un principe du droit commun de la commande publique. Et ce même raisonnement vaut pour l'interdiction du recours au crédit-bail et à l'achat anticipé<sup>104</sup>.

Cette incohérence du juge ne fait que se prolonger quand un regard attentif est porté sur la technique jurisprudentielle. Les « garanties légales des exigences constitutionnelles », technique que le Conseil manie désormais sans états d'âme, sont associées à une volonté du juge de renforcer non seulement le contrôle de constitutionnalité des lois mais d'assurer, en même temps, une meilleure effectivité des droits et libertés constitutionnellement protégés<sup>105</sup>. Cette notion fonctionnelle doit, cependant, sous peine de faire dériver l'œuvre du juge vers un contrôle d'opportunité, être accompagnée d'une « sophistication »<sup>106</sup> des décisions du juge. Celui-ci doit, en effet, dévoiler le fondement du recours aux « garanties légales des exigences de constitutionnalité ». Or, depuis 2002, le seul mérite du fondement constitutionnel de cette jurisprudence est sa constance. Répéter un considérant qui, dès l'origine, manque de clarté n'est cependant pas un gage de sûreté. C'est, ici, que le fond de la décision rejoint inévitablement la technique du juge. Le Conseil utilise une technique qui reste à développer pour faire apparaître des « garanties légales » plus que discutables. Et, dans le même élan, il découvre de nouvelles exigences constitutionnelles – le Conseil a, en effet, dans la décision de 2003<sup>107</sup>, dégagé pour la première fois l'exigence constitutionnelle du bon usage des deniers publics et d'égal accès à la commande publique – alors que la justification logique des « garanties légales des exigences constitutionnelles » voudrait que le juge identifie d'abord l'exigence constitutionnelle et reconnaisse, ensuite, les garanties légales qui l'entourent<sup>108</sup>.

L'activité du juge constitutionnel devient, ainsi, le signe d'un raisonnement hésitant. Il semble vouloir revêtir d'un habit juridique une décision d'opportunité. La décision du Conseil, bien que critiquable dans ses fondements et ses techniques, n'est cependant pas sans justifications qui, sans être explicitement reconnues par la Constitution, ne sont pas pour autant moins fondées.

#### *B – La justification de l'encadrement de l'externalisation du service public*

L'externalisation partielle du service public semble être, aujourd'hui, une solution inévitable afin de permettre une meilleure gestion de celui-ci. Inspirée de la spécialisation accrue des entreprises dans le privé – un mouvement constant de la division du travail interentreprises – cette externalisation permettrait au service public de se recentrer dans « son cœur de métier » et d'offrir ainsi aux usagers un service de qualité. En ce sens, le contrat de partenariat

104. *Ibidem*.

105. A. Vidal-Naquet, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Paris, 2007, p. 561 et s.

106. *Ibidem*.

107. C.C., n° 2003-473 DC, *précitée*.

108. A. Vidal-Naquet, *op. cit.*, p. 562.

est « un outil permettant d'étendre les possibilités de sous-traitance de la production et des gains de productivité liés à la spécialisation »<sup>109</sup>.

La jurisprudence du Conseil, non sans raison, a entendu cependant encadrer strictement cette externalisation. Sans entrer dans le débat d'une « conception française du service public », qui aurait pu inspirer cette jurisprudence constitutionnelle, ou dans celui d'un nouveau principe constitutionnel « d'indisponibilité des compétences »<sup>110</sup>, plusieurs justifications peuvent conforter la solution retenue par la Haute juridiction. L'atteinte portée à l'égalité d'accès à la commande publique et au principe de libre concurrence – ce dernier sans valeur constitutionnelle cependant – aurait pu, en effet, guider le juge dans sa décision.

Les contrats de partenariat sont susceptibles, sans aucun doute, de porter atteinte au principe d'égalité devant la commande publique. Ils bénéficient, indiscutablement, aux grands groupes d'ingénierie et verrouillent l'accès des petites et moyennes entreprises (moins aptes à engager des fonds importants) aux projets de grande envergure. La jurisprudence constitutionnelle impose, par conséquent, aux personnes publiques de prévoir, parmi les critères d'attribution, la part d'exécution du contrat que le cocontractant s'engage à confier aux PME. Or, bien que le Conseil ait rappelé le principe d'égalité devant la commande publique – principe qui implique le respect de la liberté et de l'égalité d'accès des grandes comme des petites et moyennes entreprises à la commande publique –, il ne trouve pas dans ce fondement l'argument suffisant pour encadrer les contrats de partenariat. Le principe d'égalité devant la commande publique, qui est une déclinaison de l'exigence constitutionnelle de l'égalité de tous devant la loi et qui trouve son fondement dans les articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aurait pu en effet être le seul fondement, sans avoir à recourir aux principes du droit commun de la commande publique, susceptible de justifier la décision du Conseil. Le principe d'égalité devant la loi, principe lui-même large, permettrait au Conseil de sanctionner des dispositions législatives qui en « élargissant les conditions d'ouverture du contrat de partenariat et en assouplissant son régime juridique [réduisent] manifestement et excessivement le champ de la concurrence entre entreprises et [constituent] objectivement un frein pour l'accès direct des petites et moyennes entreprises à la commande publique »<sup>111</sup>. Le Conseil ne s'attarde pas cependant sur la rédaction de la loi qui impose à un opérateur privé de confier une part d'« exécution »<sup>112</sup> du marché aux PME. Or, selon que cette « exécution » renvoie à la réalisation de l'ouvrage ou au fonctionnement du service – entretien par exemple – la part revenant à chacune de ces sociétés ne sera pas la même. Mais le Conseil n'y a rien trouvé à redire.

La libre concurrence est également mise à mal par le contrat de partenariat. Non seulement il engage la personne publique à long terme, ce qui de toute

109. L. Benzoni, « L'impact économique du partenariat public-privé. Quelques considérations économiques », *RD Immobilière*, 2003, p. 504.

110. F. Lichère, *op. cit.*, p. 1175.

111. H. Mouannès, « Le contrat de partenariat rattrapé par le Conseil constitutionnel, ou, comment sauver les PME d'un éventuel statut éternel de sous-traitant », *LPA*, 7 août 2008, p. 19.

112. Articles 8 et 24 de la loi du 28 juillet 2008, *précitée*.

évidence cloisonne l'accès des entreprises à ce marché, mais est également susceptible de lier les mains de la personne publique et d'affecter ainsi la bonne réalisation du contrat. Alors que cette crainte est moins visible dans le cas de l'État qui, amené à passer ce type de contrat plus souvent, peut faire pression sur ses fournisseurs potentiels, le risque est évident lorsqu'il s'agit de collectivités territoriales et, de manière plus frappante encore, d'établissements publics. Ces derniers ne s'engagent que rarement sur ce type de contrat et sont ainsi privés de cette possibilité de faire jouer la concurrence entre les fournisseurs. La libre concurrence implique, en effet, la possibilité de solliciter régulièrement les fournisseurs pour un même service. Faute de pouvoir faire jouer la concurrence, la personne publique risque de voir une dégradation du service public lui-même.

Or, se protégeant derrière la neutralité économique de la Constitution, le Conseil constitutionnel se refuse à dégager un principe constitutionnel de libre concurrence, bien que ce principe vienne appuyer, dans quelques-unes de ses décisions<sup>113</sup>, le principe d'égalité devant la loi<sup>114</sup>. Dans ce cas-là, la libre concurrence qui permettra d'assurer l'égalité devant la loi, et – partant – une meilleure gestion du service public, pourrait également servir de fondement au Conseil constitutionnel pour encadrer l'externalisation du service public.

Le Conseil constitutionnel, malgré une jurisprudence directive, dans le sens où il encadre les contrats de partenariat, sans pour autant les sanctionner, ne semble pas, aux yeux de la doctrine, freiner cette nouvelle technique<sup>115</sup>. Si le contrat de partenariat ne vogue pas « sur un long fleuve tranquille »<sup>116</sup>, il n'en est pas moins sur un long fleuve et, bien que dans la pratique les hésitations soient une réalité, le Gouvernement semble vouloir saisir cet instrument pour entreprendre, dans la mesure où le contrat de partenariat le lui permet, une réforme de l'État. Mais la position peu claire du juge constitutionnel laisse la place à une action peu lisible du Gouvernement.

## 2 – LA VOLONTÉ POLITIQUE DE RÉFORMER L'ÉTAT : L' « EXTERNALISATION » RÉVÉLÉE DU SERVICE PUBLIC

Derrière la formule du contrat de partenariat, existe une forte volonté politique de revoir la structure du service public (A). La recherche, certes justifiée, d'une réforme de l'État grâce à ce nouvel instrument se fait cependant par un chemin détourné, le législateur essayant de contourner la jurisprudence du juge constitutionnel (B).

113. C.C., déc. n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, Rec., 82 ; n° 2001-451 du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, Rec., 145.

114. J.-E. Chérot, *Droit public économique*, Paris, Economica, 2007, p. 83 et s.

115. Voir dans ce sens O. Debouzy, R. Apelbaum, *op. cit.*, p. 2360 ; D. Linotte, *op. cit.*, p. 4.

116. D. Linotte, « Actualité du droit des contrats de partenariat, autour de la décision du Conseil constitutionnel du 24 juillet 2008 », *Gazette du Palais*, 2008, n° 221, p. 2.

## A – La réforme de l'État par les contrats de partenariat public-privé

Le fait que « derrière des questions relevant en apparence de la pure technique contractuelle, transparaît un puissant vecteur de réforme de l'État »<sup>117</sup> est, aujourd'hui, bien connu. L'externalisation du service public est en réalité un mouvement vers lequel tend la personne publique afin de trouver de nouveaux financements pour ses projets d'investissement et d'adopter ainsi une nouvelle méthode de gestion des deniers publics. Cette externalisation du service public n'est cependant pas sans conséquence sur les structures et les comportements administratifs. Passer un contrat avec une entreprise privée, « ce n'est pas seulement lui déléguer une partie de ce que l'on faisait soi-même auparavant, c'est également se contraindre à adopter de nouvelles méthodes de travail, une nouvelle organisation destinée à s'ajuster à la rencontre de deux cultures données habituellement comme très différentes, celle de l'entreprise et celle de l'administration »<sup>118</sup>.

Le contrat de partenariat correspond à une méthode d'action reposant sur la nécessaire collaboration financière et technique entre le secteur privé et le secteur public. L'État, dans une époque où les déficits budgétaires explosent, y a trouvé un instrument lui permettant, d'un côté, de transformer une dépense d'investissement en une dépense de fonctionnement et, de l'autre côté, de réduire la masse salariale en externalisant une partie du personnel de la fonction publique.

Le contrat de partenariat répond indiscutablement à une nécessité. Les contraintes budgétaires ne permettent plus à la personne publique de dégager les sommes nécessaires aux investissements dans les hôpitaux, les infrastructures, les prisons... Le contrat de partenariat, en substituant les fonds privés aux deniers publics, permet à la personne publique de procéder à de nouveaux investissements sans alourdir son déficit budgétaire. Ainsi, le contrat de partenariat apparaît comme un instrument du bon usage des deniers publics. Il s'agit là d'une exigence constitutionnelle qui non seulement restreint le recours au contrat de partenariat, mais constitue également, et paradoxalement, une justification au recours à la formule des contrats de partenariat<sup>119</sup>. Le juge constitutionnel vérifie, et c'est là l'objet de l'évaluation préalable, « les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la procédure de passation d'un tel contrat »<sup>120</sup>. Le juge n'a pas sanctionné cependant l'évaluation succincte, alors qu'il y était invité par les requérants, dans le cas où le recours au contrat de partenariat devait répondre à une situation imprévisible. Il a émis toutefois une réserve d'interprétation : la situation imprévisible doit être entendue comme correspondant à un cas de force majeure.

Le recours au contrat de partenariat permet également de réduire considérablement la masse salariale dans la fonction publique. L'externalisation partielle

117. F. Linditch, « La réforme de l'État et l'externalisation contractuelle », in J.-J. Pardini, C. Deves, *La réforme de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 231.

118. *Ibidem*.

117.

119. P. Labayle-Pabet, N. Gardères, *op. cit.*, p. 39.

120. O. Debouzy, R. Apelbaum, « Contrats de partenariat public-privé : le réchauffement de la planète juridique ? », *D.*, p. 2358.



du service public implique nécessairement une restructuration de la fonction publique. Ce constat n'est pas sans intérêt à une époque où le budget de l'État est en déficit et doit se plier, sous peine de sanctions – bien que difficilement mises en œuvre –, aux critères de Maastricht<sup>121</sup>.

La poursuite de ces objectifs, dans la mesure où ils permettent une meilleure gestion du service public, est légitime. Recentrer le service public « dans son cœur de métier » est non seulement un moyen pour l'État de trouver de nouveaux financements, mais également une possibilité d'améliorer la gestion du service public. La voie choisie par le Gouvernement est cependant loin d'être claire. Essayant de détourner la jurisprudence constitutionnelle, il semble vouloir externaliser le service public, sans prendre en compte les précautions nécessaires liées à ce changement.

### *B – La tentative de l' « externalisation » détournée du service public*

Le Conseil constitutionnel admet donc le recours aux contrats de partenariat, mais à titre dérogatoire. La loi doit réserver de semblables dérogations aux seules situations répondant aux motifs d'intérêt général les justifiant. Le Conseil précise « que répondent à un tel motif, outre la complexité du projet, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet, dès lors qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminée, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public ; qu'il en est de même lorsque, en l'absence d'urgence et de complexité du projet et compte tenu soit de ses caractéristiques, soit des exigences du service public dont la personne est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, à l'issue d'une analyse approfondie des avantages et des inconvénients, le bilan du recours à un contrat de partenariat apparaît plus favorable que pour les autres contrats de la commande publique ». Le dernier motif, ajouté par le projet de loi déferé, alors qu'il était vivement critiqué par les auteurs de la saisine, ne constituait pas, aux yeux des juges constitutionnels, une violation de la jurisprudence antérieure et le gouvernement pouvait, sans méconnaître la Constitution, prévoir un nouveau cas d'ouverture pour les contrats de partenariat.

Le motif d'urgence, qui conditionne le recours au contrat de partenariat, a davantage retenu l'attention du juge. Le projet de loi prévoyait, en effet, afin de contourner cette condition, une « présomption d'urgence » dans un certain nombre de domaines<sup>122</sup>. Alors que le Conseil, dans sa jurisprudence antérieure, n'a pas sanctionné le recours au contrat de partenariat, et donc le défaut d'urgence, dans le cadre sectoriel, il invalide, dans la décision du 24 juillet 2008, la volonté du Gouvernement de présumer l'urgence sans laisser le soin au juge

121. Cet argument doit bien évidemment être tempéré lorsque l'on sait que l'externalisation du personnel technique nécessite en contrepartie l'appel à un personnel chargé du contrôle du service rendu. Il s'agit, en effet, pour partie d'un transfert de charge de personnel en charge de service, en escomptant une meilleure productivité du secteur privé et bien évidemment un partage des économies engendrées par l'externalisation.

122. L'article 2 de la loi présumait l'urgence dans une liste de domaines.

administratif d'apprécier cette condition. La « présomption d'urgence » est, en effet, une notion bien connue du juge administratif. Elle ne vise pas cependant à écarter la condition d'urgence, ainsi que l'entendait le Gouvernement dans le projet de loi, mais bien au contraire, à accentuer le caractère urgent des faits dont est saisi le juge. La « présomption d'urgence » signifie que l'urgence est inhérente aux faits et permet au juge administratif d'apprécier la situation sans rechercher le motif d'urgence. Or le projet de loi, soumis à l'examen du Conseil, visait, quant à lui, à écarter cette condition alors que le motif est primordial et le plus restrictif de l'utilisation de la formule des contrats de partenariat. Le projet de loi était d'autant plus étonnant sur cette condition d'urgence lorsque l'on sait qu'il est intervenu quelque temps seulement après que le juge administratif, pour la première fois, eut annulé un contrat de partenariat pour défaut d'urgence<sup>13</sup>. Le Conseil ne sanctionne pas cependant la nouvelle formulation de l'urgence. Alors que dans sa décision du 2 décembre 2004, il exigeait « un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs », il accepte la définition donnée par le texte, à savoir « un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ». Cette formulation a été reçue, par conséquent, comme un assouplissement de la condition d'urgence.

Le contrat de partenariat est un exemple, parmi d'autres, de la confrontation directe entre une volonté politique hésitante et l'œuvre jurisprudentielle du juge constitutionnel. L'absence de projet politique global de réforme de l'État fait en sorte que les outils, tel le contrat de partenariat, soient vécus comme un cheval de Troie, et oblige ainsi le Conseil constitutionnel – gardien de la Constitution –, par des instruments parfois regrettables, à assurer un encadrement des contrats de partenariat, sans pour autant freiner l'action du pouvoir politique. Le citoyen n'y gagne pas en sécurité. Le législateur adopte une loi de réforme de l'État sans y inscrire les conséquences et le Conseil constitutionnel, conscient de ces conséquents, encadre la loi par des moyens tout aussi discutables. Beaucoup de zones d'ombre autour d'une loi, peu de visibilité pour le citoyen.