

Paris, le 2 novembre 2020

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, nous avons l'honneur de vous déférer, en application du second alinéa de l'article 61 de la Constitution, l'ensemble du projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique, dans sa version définitive votée par l'Assemblée nationale le 28 octobre 2020.

Nous estimons en effet que le projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique contrevient à plusieurs principes constitutionnels. Au contenu hétéroclite il contient par ailleurs, selon les députés auteurs de la saisine, de nombreux cavaliers législatifs tels que les articles 79, 131, 132 et 133.

Nous demandons, par voie de conséquence, à titre principal, au Conseil constitutionnel de déclarer inconstitutionnelle l'intégralité du présent projet de loi d'accélération et de simplification de l'action publique et complétant ses dispositions, et à titre subsidiaire, de déclarer inconstitutionnels ses articles et dispositions qui ont méconnu la Constitution.

Sur le respect par le Gouvernement de l'article 39 de la Constitution

L'alinéa 3 de l'article 39 de la Constitution dispose que : « *La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique* ».

Les articles 8 à 12 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 sont venus préciser cette disposition constitutionnelle.

L'article 8 de la loi organique dispose notamment que : « *Les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'Etat. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent* ».

Le projet de loi déféré comptait 50 articles lors de son dépôt sur le bureau du Sénat, le 5 février 2020. Ce dépôt a bien été accompagné de l'avis du Conseil d'Etat et d'une étude d'impact.

Cependant, le Gouvernement a déposé et fait adopter pas moins de quarante amendements portant articles additionnels lors des débats de première lecture : Cinq lors de l'examen en séance publique au Sénat, puis trente lors de l'examen en commission spéciale et cinq lors de l'examen en séance publique à l'Assemblée nationale.

Soit un accroissement de 80% du contenu du projet de loi par la seule intervention du Gouvernement, celui-ci s'extrayant ainsi des obligations d'avis préalable du Conseil d'Etat et d'étude d'impact.

Le projet de loi contient dans sa version finale 149 articles. Entre 45 et 50 d'entre eux ont fait l'objet d'une rédaction issue des travaux de la commission mixte paritaire dont les négociations pour aboutir à une rédaction satisfaisant les députés et sénateurs présents ne font pas l'objet de publicité, pas plus qu'elles ne sont détaillées dans le rapport de la commission mixte paritaire rendu public.

Si les députés signataires de la présente saisine ne remettent pas en cause la liberté donnée au Gouvernement de déposer des amendements visant à compléter ou préciser un projet de loi, ou à assurer les nécessaires coordinations légistiques ou constitutionnelles, nous contestons un contournement de fait des obligations tirées de l'article 39 de la Constitution et de la loi organique précitée.

La sincérité et la complétude de l'étude d'impact ne saurait être évaluée dès lors que le Gouvernement aurait sciemment réservé près de la moitié des dispositions qu'il entendait soumettre au Parlement à un dépôt a posteriori sous forme d'amendements.

Il en va ainsi des amendements 650, 651 et 652 du Gouvernement, déposés en commission spéciale à l'Assemblée nationale en 1ère lecture et qui visaient à introduire plusieurs dispositions relatives à la commande publique.

L'amendement 651 par exemple, adopté comme article 132, prévoit ainsi la création d'un nouveau Livre VII au sein de la 2e partie du code de la commande publique et un régime juridique propre aux circonstances exceptionnelles.

Cet amendement, qui n'a donc fait l'objet d'aucune étude d'impact ou avis préalable du Conseil d'Etat, dans un domaine particulièrement sensible qu'est la commande publique, n'était par ailleurs accompagné que d'un exposé sommaire de quatre lignes.

Il est ainsi indéniable que le Gouvernement a manqué à ses obligations au titre de l'article 39 de la Constitution et qu'il y a lieu, ainsi, de considérer que l'ensemble du Projet de loi déferé a été adopté selon une procédure contraire à la Constitution.

Au surplus, il y a lieu de constater qu'aucune disposition du projet de loi initial n'avait de lien, même indirect, avec les dispositions législatives en matière de commande publique et qu'en conséquence, l'ensemble des articles 131 à 133 doivent être considérés comme ayant été adoptés selon une procédure contraire à l'article 45 de la Constitution.

Sur les incidences environnementales des procédures applicables aux entreprises

Différentes dispositions du projet de loi visent à simplifier les procédures administratives pour « accélérer » les installations industrielles. Elles permettent de considérer les projets en cours d'instruction comme des installations existantes ou autorisent des travaux de construction industrielle en anticipant sur la délivrance de l'autorisation environnementale. Elles contreviennent ainsi aux articles de la loi constitutionnelle n°2005-205 relative à la Charte de l'environnement, au principe de non-régression du droit de l'environnement ou encore à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Les articles entachés d'inconstitutionnalité sont les suivants:

Article 21

Estimant que l'application automatique de nouvelles règles du code de l'environnement prévues aux articles L.512-5, L.512-7 et L.512-10 étaient préjudiciables aux industriels porteurs de projets d'ICPE dont le dossier est déjà déposé, en ce qu'elles étaient génératrices d'insécurité juridique, d'allongement des délais et de complexité des procédures, le gouvernement a souhaité, à l'article 21 du projet de loi déferé, faire en sorte que les délais et conditions d'application aux installations existantes des évolutions des prescriptions fixées par arrêté s'appliquent désormais aussi aux projets ayant fait l'objet d'une demande d'autorisation complète à la date de publication de l'arrêté et que les prescriptions

relatives aux dispositions constructives concernant le gros œuvre ne puissent faire l'objet d'une application aux installations existantes ou aux projets ayant fait l'objet d'une demande d'autorisation complète à la date de publication de l'arrêté.

L'article 21 du projet de loi étend ainsi les conditions d'entrée en vigueur des installations existantes aux projets d'installations « *ayant fait l'objet d'une demande d'autorisation et d'enregistrement complète à la date de publication de l'arrêté* ».

L'alinéa 8 de l'article ajoute que « *la demande est présumée complète lorsqu'elle répond aux conditions de forme prévues par le présent code* ».

Pour les auteurs de la présente saisine, les dispositions du présent article méconnaissent les dispositions des articles 1^{er} et 3 de la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement qui disposent que « *chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » et que « *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.*»

En présumant en effet la demande complète, dès lors que l'ensemble des pièces est réuni, indépendamment de leur conformité aux dispositions du code de l'environnement, le législateur s'interdit de prévenir les éventuelles atteintes à l'environnement.

Une évaluation environnementale non conforme à l'article L. 122-1 du code de l'environnement ou une évaluation d'incidences Natura 2000 non conforme aux prescriptions de l'art. L. 414-4 du même code ne feront ainsi pas obstacle à la recevabilité de la demande.

Une demande dont l'évaluation environnementale ne préciserait pas les incidences notables directes et indirectes du projet sur « *la biodiversité, en accordant une attention particulière aux espèces et aux habitats protégés au titre de la directive 92/43/ CEE du 21 mai 1992 et de la directive 2009/147/ CE du 30 novembre 2009* » ou sur « *les terres, le sol, l'eau, l'air et le climat* » serait ainsi déclarée formellement recevable, en violation des dispositions de l'article L.122-

1 du code de l'environnement. Il en irait de même en cas de non-conformité de la demande aux dispositions de l'article L.110-1 du code de l'environnement ou de manquement aux obligations d'évaluation des incidences Natura 2000 prévues à l'article L.414-4 précité.

Le législateur méconnaît ainsi sciemment les règles de prévention des atteintes de l'environnement.

De fait, lors de l'examen du projet de loi en première lecture au Sénat, les sénateurs avaient adopté un amendement de M. Ronan Dantec, intégrant la protection de l'environnement parmi les motifs qui écartent l'application des mesures proposées par l'article 21. Le Gouvernement a estimé que les termes de « protection de l'environnement » étaient source de fragilité juridique, contrairement aux termes de sécurité, de santé et de salubrité publiques choisis pour définir les exceptions dans le projet de loi.

Or le refus de faire droit à cette exception, comme le soin pris à ne retenir que des critères purement formels de recevabilité des demandes, peuvent être interprétés comme l'expression de la volonté du législateur d'écartier délibérément de l'examen de la recevabilité des projets les potentielles atteintes à l'environnement, sans chercher à en limiter les conséquences, comme y invite pourtant l'article 3 de la Charte de l'environnement.

Les dispositions de l'article 21 méconnaissent ensuite le principe de non-régression du droit de l'environnement. Il ressort en effet de la jurisprudence de votre Conseil que s' « *il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité* » en application du principe de libre abrogation des lois, le législateur ne saurait néanmoins « *priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* » (décision n° 86-210 DC, cons. 3) et que « *le législateur, qui s'est librement assigné cet objectif de non-régression, se trouvera néanmoins incité, par son inscription au frontispice du code de l'environnement, à rechercher, dans l'exercice de sa compétence normative, les solutions permettant de préserver au mieux l'ambition d'une amélioration constante du niveau de protection de l'environnement.* » (décision n°2016-737 DC, prec.)

Il apparaît ainsi aux auteurs de la saisine que le principe de non-régression doit bénéficier du même régime de protection renforcée que votre Conseil attribue aux libertés fondamentales de premier rang, à l'exemple de la liberté d'association ou de la liberté d'expression, pour lesquelles la loi ne peut intervenir qu'en vue de rendre leur exercice « *plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes à valeur constitutionnelle* » (décision n° 84-181 DC cons. 37). Le projet de loi déferé ne saurait en conséquence prévoir des délais supplémentaires de mise en conformité pour les installations en cours d'instruction et une dispense d'application de nouvelles prescriptions affectant le gros œuvre, ainsi que le prévoit l'article 21, sans méconnaître, par-delà les potentielles atteintes à l'environnement, l'exigence de garantir une mise en œuvre plus effective du principe de non-régression du droit de l'environnement ou la nécessité de concilier, sans l'écarter, ce principe avec les autres règles ou principes à valeur constitutionnelle.

Article 25

L'article L. 181-9 du code de l'environnement prévoit que les projets d'ICPE et les projets d'installations, ouvrages, travaux et activités (IOTA) soumis à autorisation au titre de la loi sur l'eau qui doivent faire l'objet d'une autorisation environnementale sont soumis à une enquête publique. Les règles relatives à ces enquêtes publiques sont définies à la section 1 du chapitre III du titre II du livre I^{er} du même code. L'enquête est conduite par un commissaire-enquêteur désigné par le président du tribunal administratif parmi une liste d'aptitude départementale, et donne lieu à la remise d'un rapport et de conclusions motivées. La durée de cette enquête ne peut être inférieure à trente jours. Le public doit en être informé quinze jours avant son ouverture.

Toutefois, l'article 56 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance dite loi « ESSOC » a mis en place une expérimentation permettant de remplacer l'enquête publique par la procédure de participation du public par voie électronique prévue par l'article L. 123-19 du code de l'environnement.

Afin d'accélérer la mise en œuvre des projets, le I de l'article 25 modifie les articles L. 181-9, L. 181-10 et L. 181-31 du code de l'environnement pour offrir

ce choix au préfet pour les projets soumis à une procédure d'autorisation environnementale, mais non soumis à évaluation environnementale.

Resteront ainsi soumises à enquête publique environnementale les seules ICPE ou IOTA soumises à une évaluation environnementale automatique ou après un examen au cas par cas (articles L. 122-1 et R. 122-2 du code de l'environnement), tandis que pour celles non soumises à évaluation environnementale, le projet de loi déferé donnera un pouvoir d'appréciation au préfet pour juger du mode de participation du public. Celui-ci soumettra à enquête publique les seuls projets pour lesquels il « *estime 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.* »

Or, ainsi que l'a rappelé le Conseil d'État, dans l'avis rendu au Gouvernement en date du 30 janvier 2020, « *la possibilité laissée à une autorité administrative d'opter entre plusieurs modalités de participation du public ne peut être envisagée que si le législateur a défini avec suffisamment de précisions les cas et les critères encadrant cette possibilité.* »

Si le Gouvernement a pris en compte ces remarques en introduisant, pour guider l'appréciation de l'autorité administrative, les critères des impacts sur l'environnement du projet, ainsi que des enjeux socio-économiques qui s'y attachent ou ses impacts sur l'aménagement du territoire, en s'inspirant de critères retenus pour soumettre un projet à débat public (art. L. 121-2, C. env.), le critère des « impacts sur l'environnement » apparaît insuffisant s'agissant d'une procédure de participation du public au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

Les auteurs de la saisine estiment en effet que le législateur doit fixer des critères suffisamment précis pour ne pas abandonner à l'autorité administrative la désignation du mode de participation du public qu'elle juge appropriée. Ces critères ne sauraient en tout état de cause être les mêmes que ceux retenus par l'article L.121-2 du code de l'environnement pour évaluer l'insertion d'un projet dans son environnement local.

Les critères d'appréciation des impacts sur l'environnement doivent donc, pour guider l'appréciation de l'autorité administrative, tenir compte des caractéristiques et de la localisation des projets, selon qu'ils sont ou non localisés

dans une aire protégée réglementairement : réserves naturelles, sites classés, sites Natura 2000, parcs nationaux, parcs naturels marins, zones bénéficiant d'un arrêté de protection de biotope ou encore zones de protection de captage des eaux destinées à l'adduction publique ou des eaux embouteillées protégées par le code de la santé publique.

En outre, les ICPE ou IOTA non soumises à évaluation environnementale restent soumises à une évaluation des incidences environnementales qui peut être spécifique pour les milieux aquatiques (art. R. 181-14, C. env.), pour les réserves naturelles et pour les sites classés (art. R. 181-15-3 et R. 181-15-4, C. env.) ou encore pour un site Natura 2000 (art. L. 414-4 C. Env.).

Les auteurs de la saisine estiment en conséquence qu'en ne définissant pas les critères précis requis pour encadrer le pouvoir d'appréciation du préfet concernant les impacts sur l'environnement et en ne retenant pas de critères relatifs à la protection de la santé publique, le législateur a méconnu les articles 1^{er} et 7 de la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

Article 26

L'article L. 181-30 du code de l'environnement dispose que les permis et les décisions de non-opposition à déclaration préalable requis en application des articles L. 421-1 à L. 421-4 du code de l'urbanisme ne peuvent pas recevoir exécution avant la délivrance de l'autorisation environnementale.

Afin de permettre au préfet d'autoriser sans attendre le démarrage de tout ou partie des travaux lorsqu'ils ne nécessitent pas d'autorisation spécifique, l'article 26 complète l'article L. 181-30 du code de l'environnement pour prévoir que les permis de construire, d'aménager et de démolir et les décisions de non-opposition aux déclarations préalables prévues par l'article L. 421-4 du code de l'urbanisme peuvent, à la demande du pétitionnaire et à ses frais et risques, recevoir exécution avant la délivrance de l'autorisation environnementale lorsque l'autorité administrative compétente pour délivrer cette dernière le permet.

La décision doit être motivée et ne peut intervenir *qu'à « condition que la possibilité de commencer certains travaux avant la délivrance de l'autorisation*

environnementale ait été préalablement portée à la connaissance du public » et de ne « concerner que les travaux dont la réalisation ne nécessite pas l'une des décisions mentionnées au I de l'article L. 181- 2 ou au I de l'article L. 214- 3. » (art. 26, al.2)

Si cette dérogation préfectorale est encadrée et satisfait au principe de participation du public à l'élaboration d'une décision ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement, elle n'en méconnaît pas moins les principes de prévention des atteintes à l'environnement et du droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé, énoncés aux articles 1^{er} et 3 de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

En effet, sauf pour certaines installations produisant de l'énergie, le permis de construire ou la déclaration de non-opposition ne valent pas autorisation de défricher, de procéder à des travaux dans une réserve naturelle, dans un site classé, dans un site Natura 2000 ou de porter atteinte au maintien dans un état de conservation favorable d'une espèce animale ou floristique sauvage, à leur habitat particulier ainsi qu'aux habitats naturels protégés ou de détruire une zone humide.

L'exécution anticipée des travaux intervenant sur le fondement de la dérogation préfectorale prévue à l'article 26 alors même que les conditions nécessaires à la préservation d'une réserve naturelle, d'un site classé, d'un site Natura 2000 ou d'une espèce animale ou floristique sauvage, à leur habitat particulier ainsi qu'aux habitats naturels protégés, n'ont pas encore été fixées par l'autorisation environnementale peut ainsi porter atteinte de manière irréversible à l'environnement.

La dérogation que les auteurs de la saisine contestent favorise donc la destruction de la biodiversité au mépris des articles 1^{er} et 3 de la Charte de l'environnement.

Les auteurs de la saisine estiment en outre que cette exécution anticipée fait encore obstacle à un recours effectif contre l'autorisation environnementale puisqu'un référé suspension, au sens de l'article L. 521-1 du code de la justice administrative, serait ainsi privé de tout effet. Le juge administratif ne peut pas prononcer la suspension d'une autorisation exécutée lorsque les travaux anticipés permis par la dérogation préfectorale ont été entrepris. Le droit à un recours effectif énoncé au titre de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen se trouve ainsi méconnu. Permettre enfin l'exécution de travaux aux

« frais et risques » du maître d'ouvrage ne ferait pas obstacle aux actions en responsabilité pénale ou civile, alors que celui-ci les exécute en vertu d'une autorisation administrative présumée légale rendant les travaux présumés licites. Le législateur ne peut pourtant organiser l'insécurité juridique du pétitionnaire sans mépriser le principe de sécurité juridique découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 selon lequel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution. »

Sur l'inconstitutionnalité des articles relatifs au droit de la commande publique

Plusieurs articles relatifs au droit de la commande publique, introduits par amendements lors de débats sur ce texte de loi sont cavaliers et semblent méconnaître les principes de clarté de la loi et l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi.

L'action du Conseil en faveur de la qualité de la loi, et donc de la « transparence », repose sur plusieurs exigences : le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution ; l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi et le principe de normativité de la loi, rattachés à divers articles de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (articles 4, 5, 6, et 16). Le but de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi est de « *prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer les règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* » (Cons. Const., n° 2005-514 DC, 28 avr. 2005, cons. 14). Vous avez également jugé que « *le principe de clarté de la loi [...] et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi [...] imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques* » (Cons. const., n° 2005-514 DC, 28 avr. 2005, cons. 14). L'objectif d'intelligibilité pose une exigence de précision du texte (Cons. const., n° 2000-437 DC, 19 déc. 2000, cons. 3)

Plusieurs articles du projet de loi qui vous est soumis apparaissent contraire à ces principes :

Article 131

Cet article (qui constitue selon les députés auteurs de la saisine un cavalier) introduit sans son 1^o) un nouveau « motif d'intérêt général » dans le Code de la commande publique permettant de justifier la conclusion d'un marché public sans appel d'offre ni publicité préalable, ce qui n'a aucun lien avec une idée de simplifier ou d'accélérer l'action publique.

- Cette disposition offre de larges possibilités au Gouvernement qui pourra indiquer pour quels cas l'intérêt général justifie de conclure un marché sans procédures et ce quel que soit son montant. L'article L2122-1 du code de la commande, qui est un des articles modifiés par l'article 44 quater évoque les cas où « *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* ». Dans l'exposé des motifs, le Gouvernement ayant introduit cette disposition par amendement, il était mentionné « *L'ampleur des difficultés économiques et sociales rencontrées par les opérateurs économiques, et particulièrement les petites et moyennes entreprises, fortement impactées par l'état de crise sanitaire, conduit le Gouvernement à simplifier la passation dérogatoire de certains marchés et à inscrire durablement au sein du code de la commande publique les dispositifs de soutien à l'économie et aux entreprises introduits par les ordonnances prises sur le fondement de l'habilitation de la loi n° 2020- 290* ». Or, le dispositif retenu nous semble très large et peu précis. La disposition laisse la place à l'arbitraire.
- La compétence de définir le « motif d'intérêt général » confiée par le pouvoir législatif au pouvoir réglementaire est très large. En renvoyant ainsi à l'autorité administrative le soin d'apporter des clarifications, il nous apparaît que le législateur n'a pas pleinement exercé sa compétence. La diligence de fixer ces règles relevant pourtant du domaine de la loi. Ainsi renvoyée au pouvoir réglementaire par le législateur, elle entache ce faisant cet article d'incompétence négative. De plus, le « motif d'intérêt général » introduit qui devra être précisé par un décret en Conseil d'État nous semble accessoire au regard des possibilités déjà offertes par le code de la commande publique.

Cet article (qui constitue selon les députés auteur de la saisine un cavalier) introduit un nouveau livre « Livre VII – Dispositions relatives aux circonstances exceptionnelles » dans la deuxième partie du code de la commande publique, qui crée un régime dérogatoire entier au régime de la commande publique ordinaire, en cas de « circonstances exceptionnelles ». Outre le fait qu’il ne simplifie ni n’accélère l’action publique, ce nouveau régime nous pose problème pour plusieurs raisons :

- La portée de ce nouveau régime dérogatoire, qui introduit un livre entier dans le code de la commande publique et qui a été intégré par un amendement du Gouvernement au cours des débats nécessiterait une étude d’impact, un avis du Conseil d’Etat et un débat et non pas une introduction soudaine dans un texte au contenu disparate par amendement, comme nous le détaillons dans le paragraphe de la présente saisine relatif à la méconnaissance de l’article 39 de la Constitution.
- Les « circonstances exceptionnelles » ne sont pas définies. En effet, la version du texte issue de la commission mixte paritaire ne détaille plus les événements compris dans la notion de « circonstances exceptionnelles », bien que la version issue de l’Assemblée nationale en première lecture, qui proposait une énumération de ces circonstances (guerre, épidémie, pandémie, catastrophe naturelle, crise économique majeure...) n’était pas plus claire et faisait également peser un risque d’arbitraire. L’expression « circonstances exceptionnelles » peut en effet être interprétée de manière très extensive. La rédaction retenue par la commission mixte paritaire manque toujours de clarté « – *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* ». Cette rédaction fait peser un risque d’arbitraire et de faire des dérogations d’exception la norme pour les années qui viennent. La durée d’entrée en vigueur du décret « *pour une période ne pouvant pas excéder vingt- quatre mois* » est trop conséquente et permet une application des dispositions au-delà d’une période relevant de l’exceptionnel, elle peut d’ailleurs être renouvelée.

Ainsi, les dispositions prévues sont dépourvues de la clarté et de l'encadrement adéquat pour prévenir les dérives et éviter l'application durable de mesures d'exceptions.

Article 142

Cet article (qui constitue selon les députés auteurs de la saisine un cavalier) prévoit de relever à 100 000 euros le seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence pour la conclusion des marchés publics de travaux, jusqu'au 31 décembre 2022. Il fait peser un risque d'augmentation de la corruption et interroge les députés auteurs de la saisine pour plusieurs raisons :

- Cette hausse du seuil crée une insécurité juridique et vise à inscrire dans le droit commun une mesure qui paraît relever de l'exception puisqu'une clause de caducité est prévue en décembre 2022. Malheureusement, relever le seuil de procédure est récurrent depuis 2011 : 15 000 euros en 2011, 25 000 euros en 2015, puis 40 000 euros en décembre 2019. Enfin, le décret de juillet 2020 (n° 2020-893 du 22 juillet 2020 portant relèvement temporaire du seuil de dispense de procédure pour les marchés publics de travaux et de fourniture de denrées alimentaires) a rehaussé le seuil des marchés de travaux à 70 000 euros jusqu'au 10 juillet 2021. Cette hausse du seuil s'inscrit donc dans une tendance observée depuis 2011 et n'a aucun lien avec une idée de simplification ou d'accélération de l'action publique. Elle constitue tout au plus un détricotage du droit de la commande publique.

- La disposition n'est pas utile et favorise les grandes entreprises au détriment de structures de moindre taille. Ce sont les plus grandes entreprises qui disposent des moyens nécessaires pour démarcher les acheteurs publics et passer des contrats directement, au détriment des très petites entreprises, et des petites et moyennes entreprises. Il n'est de plus pas démontré que les appels d'offres constituent des freins pour l'accès à la commande publique des entreprises précitées. Par conséquent, l'article crée une rupture d'égalité entre les différents types d'entreprises.

Par ces motifs et tous autres à déduire ou suppléer même d'office, les auteurs de la saisine vous demandent de bien vouloir invalider les dispositions ainsi entachées d'inconstitutionnalité.

Nous vous prions de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil constitutionnel, en l'expression de notre haute considération.