

## L'ARTICLE 12 DE LA LOI MURCEF CENSURE

Droits de préférence et quotas réservés devant le Conseil constitutionnel

-----

Pour la première fois dans sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel statue dans le domaine des marchés publics en censurant une disposition de la loi MURCEF adoptée par l'Assemblée nationale en novembre 2001.

Le texte voté disposait que :

« Lorsque les marchés visés par le code des marchés publics font l'objet d'un allotissement et portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des sociétés coopératives et des associations visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion ou l'esprit d'entreprise indépendante et collective, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement, un quart des lots fait l'objet d'une mise en concurrence de ces structures coopératives et associatives ».

Cela n'était pas totalement une nouveauté.

Dans l'ancien code des marchés publics les articles 62, 71, 261 et 268 prévoyaient que les collectivités publiques sont obligées de donner aux SCOP et ou artisans un droit de préférence, à conditions égales. Et les articles 63, 70, 262 et 267 instituaient une obligation de réserver un quota, à concurrence du quart des lots, au profit des SCOP ou des artisans.

Les entreprises concernées bénéficiaient de ces privilèges uniquement à raison de leur forme sociale sans autre considération. Il en résultait que ne pouvait exister aucune justification objective à la réservation au regard des règles du traité de la Communauté Européenne. Au demeurant, selon la communication interprétative du 15 octobre 2001 sur l'intégration des aspects sociaux dans les marchés publics (§ 41.4.1) « seraient incompatibles avec les directives marchés publics actuelles, ... les quotas de marchés réservés à une catégorie de fournisseurs », qui contrarient le principe d'attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse.

Cela n'a pas empêché la France de maintenir cette tradition et cela en deux temps.

Dans un premier temps, l'article 54 du nouveau code des marchés publics a maintenu, à peu de modifications près, les anciennes règles :

« I. - Lors de la passation d'un marché, un droit de préférence est attribué, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, à l'offre présentée par une société coopérative ouvrière de production, par un groupement de producteurs agricoles, par un artisan, une société coopérative d'artisans ou par une société coopérative d'artistes.

II. - Lorsque les marchés portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des artisans ou des sociétés d'artisans ou des sociétés coopératives d'artisans, les personnes publiques contractantes doivent, préalablement à la mise en concurrence, définir les travaux, fournitures ou services qui, à ce titre, et dans la limite du quart du montant de ces prestations, à équivalence d'offres, seront attribués de préférence à tous autres soumissionnaires, aux artisans ou aux sociétés coopératives d'artisans ».

Mais, le gouvernement, éprouvant des doutes sur la légalité de cette disposition a fait introduire à l'assemblée Nationale un amendement au projet de loi MURCEF ayant pour objet de donner valeur législative au système du quota, tout en l'étendant à d'autres organismes que les SCOP et en le renforçant. Le Sénat a supprimé cette disposition considérée comme contraire au droit communautaire et à l'égalité.

Le Conseil constitutionnel confirme que le Sénat avait globalement raison ; il apporte toutefois des nuances.

Après avoir rappelé, selon une formule de principe que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit », le Conseil, tout en censurant la disposition contestée, admet qu'à certaines conditions des dérogations à l'égalité auraient pu être apportées.

A priori, on aurait pu penser, par transposition de la jurisprudence du Conseil d'Etat, que la reconnaissance de privilèges à certaines catégories de candidats pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la qualité de leurs prestations constitue une discrimination « qui n'est pas en rapport avec l'objet de la réglementation des marchés publics » et de porte ainsi « une atteinte injustifiée à l'égalité de traitement qui doit être assurée entre les entreprises candidates à la présentation d'une offre » (C.E. 13 mai 1987, Soc. Wanner Isofi Isolation, Rec. 171).

Mais, ce n'est pas ce qu'admet le Conseil constitutionnel, qui considère que « le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ; que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis ». Alors qu'il n'en était pas saisi, puisque la loi n'en traite pas, le Conseil constitutionnel, par un obiter dictum, admet la validité du droit de préférence, consacré par l'article 54-I du code des marchés publics.

Mais, il en va différemment pour le système de réservation mis en place par la loi. Tout en reconnaissant le caractère d'intérêt général de l'objectif poursuivie, le Conseil censure la disposition au motif que « ces dispositions, tant par leur ampleur que par leur imprécision, portent au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale ».

-----  
**EXTRAIT DE LA DECISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU 6  
DECEMBRE 2001 (J.O., 12 décembre, p. 19703)**

« Considérant qu'aux termes de l'article 12 de la loi déferée : « Lorsque les marchés visés par le code des marchés publics font l'objet d'un allotissement et portent, en tout ou partie, sur des prestations susceptibles d'être exécutées par des sociétés coopératives et des associations visant à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion ou l'esprit d'entreprise indépendante et collective, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement, un quart des lots fait l'objet d'une mise en concurrence de ces structures coopératives et associatives » ;

Considérant que les députés auteurs de la seconde saisine soutiennent que les dispositions précitées sont contraires au principe d'égalité devant la loi garanti par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'ils ajoutent qu'elles sont entachées d'incompétence négative ;

Considérant qu'ainsi que le rappelle l'article 1er du nouveau code des marchés publics : « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public... pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. - Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la

définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse » ;  
Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;

Considérant que le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ; que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis ;

Considérant que l'article 12 de la loi déferée prévoit qu'« un quart des lots » des « marchés visés par le code des marchés publics » qui « font l'objet d'un allotissement » et « portent, en tout ou partie », sur des « prestations susceptibles d'être exécutées » par les structures associatives ou coopératives visant notamment à « promouvoir l'esprit d'entreprise indépendante et collective », fait l'objet d'une mise en concurrence entre ces structures ; que ces dispositions, tant par leur ampleur que par leur imprécision, portent au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale ; que, par suite, il y a lieu de déclarer cet article contraire à la Constitution »