

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Avis n° 75-2007 du conseil constitutionnel sur un projet de loi relatif au régime des concessions.

Le conseil constitutionnel,

Vu la lettre du Président de la République en date du 11 septembre 2007, parvenue au conseil constitutionnel le 12 septembre 2007 et lui soumettant un projet de loi relatif au régime des concessions,

Vu la constitution et notamment ses articles 6, 7, 14, 34, 35, et 72,

Vu la loi organique n° 2004-52 du 12 juillet 2004, relative au conseil constitutionnel,

Vu le projet de loi relatif au régime des concessions,

Vu sa décision de proroger le délai de consultation, conformément à l'article 21 de la loi organique n° 2004-52 précitée,

Oui le rapport relatif au projet soumis,

Après délibération,

Sur la saisine du conseil :

Considérant que le projet de loi soumis au conseil vise à déterminer le régime juridique applicable aux concessions.

Considérant qu'il ressort de l'article 72 de la constitution que le conseil constitutionnel examine les projets de lois qui lui sont soumis par le Président de la République quant à leur conformité ou leur compatibilité avec la constitution et que la saisine est obligatoire pour les projets de lois relatifs aux obligations et aux principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels.

Considérant que le projet soumis comprend des dispositions relatives aux obligations et aux principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels.

Considérant que le projet soumis s'insère, eu égard à son contenu, dans le cadre de la saisine obligatoire.

Sur le fond :

Considérant que le projet soumis fixe notamment les principes fondamentaux relatifs à l'octroi des concessions, à leur exécution et contrôle, de même qu'il détermine le régime juridique des constructions, ouvrages et installations nécessaires à leur exécution ainsi que les obligations relatives à l'utilisation et à l'exploitation du domaine public.

Concernant le choix du concessionnaire :

Considérant que l'article 10 du projet soumis prévoit quatre cas où il est permis d'effectuer le choix du concessionnaire après consultation ou par voie de négociation directe et renvoie à un décret pour fixer les conditions et les procédures d'octroi des concessions conformément aux deux modalités précitées.

Considérant que les cas prévus par l'article 10 se rapportent à ce qui suit :

« a - lorsque l'appel à la concurrence a été déclaré infructueux,

b - pour des raisons de défense nationale ou de sécurité publique,

c - lorsqu'il y a urgence à assurer la continuité du service public,

d - lorsque l'exécution de l'objet du contrat se rapporte à des prestations dont l'exécution ne peut être confiée qu'à une personne déterminée ou à une activité dont l'exploitation est exclusivement réservée à un porteur de brevet d'invention ».

Considérant que l'article 9 du même projet dispose que le concédant est tenu, pour le choix du concessionnaire, de faire appel à la concurrence, en vue d'assurer l'égalité des candidats, la transparence des procédures et l'équivalence des chances et que l'article 9 précité renvoie à cet effet, à un décret pour la détermination des conditions et des procédures de cet appel à la concurrence.

Considérant que si le projet exige ainsi dans son article 9 le recours à la concurrence, qui est à même de garantir le principe d'égalité des candidats, la transparence des procédures et l'équivalence des chances, il prévoit néanmoins dans l'article 10 les cas exceptionnels, qui autorisent le choix du concessionnaire après consultation ou par voie de négociation directe, ce qui entraîne pour lesdits cas, l'exclusion de l'appel à la concurrence et, par conséquent, la méconnaissance du principe d'égalité entre les candidats.

Considérant que la constitution garantit, dans son article 6, le principe d'égalité en droits et devant la loi.

Considérant qu'il ressort du cas (a) tel que prévu par l'article 10 précité que le recours à la consultation ou à la négociation directe pour le choix du concessionnaire, doit impérativement être précédé, dans un premier temps, d'un appel à la concurrence, ce qui est de nature à consacrer le principe d'égalité des candidats et donc à légitimer le recours à l'une des modalités prévues, suite à l'échec de l'appel à la concurrence.

Considérant que le principe d'égalité n'interdit pas au législateur d'y prévoir des exceptions dans la mesure où cela vise le développement de l'économie ou s'inscrit dans l'intérêt de l'ordre public et de la défense nationale.

Considérant d'une part, qu'il ressort aussi du cas (d), prévu par l'article 10 du projet soumis, que le recours à l'une des deux modalités prévues, à l'effet de choisir le concessionnaire, s'impose pour des motifs édictés par les conditions de l'exécution de travaux ou d'activités, objets du contrat et qui constituent dans le fait que ladite exécution ne peut être confiée qu'à une personne déterminée ou à une activité dont l'exploitation est exclusivement réservée à un porteur de brevet d'invention.

Considérant que l'exception (d) qui figure à l'article 10 du projet soumis est édictée par des considérations relatives au développement de l'économie, qu'au surplus les conditions de l'appel à la concurrence font défaut.

Considérant d'autre part, qu'il ressort de l'article 7 de la constitution que l'exercice des droits peut être limité par une loi prise pour le respect de l'ordre public et de la défense nationale.

Considérant que le recours à la consultation ou à la négociation directe, dans le cas (b), s'explique par des raisons de défense nationale ou d'ordre public.

Considérant qu'il ressort de la constitution et notamment de son article 41 que la continuité de l'Etat constitue une règle fondamentale qu'il convient d'assurer et de garantir.

Considérant que le service public constitue l'un des piliers des rouages de l'Etat, que le législateur est, par conséquent, appelé de façon générale, à prévoir les mesures qui sont à même de garantir la continuité du service public tirée elle-même de la règle de la continuité de l'Etat.

Considérant que rien dans la constitution ne prévoit la mise en place de mécanismes précis pour garantir la continuité du service public, que l'obligation pesant sur le législateur, à ce sujet, ne l'empêche pas de procéder au choix de moyens qu'il considère, selon le cas, comme permettant d'atteindre cet objectif.

Considérant que l'exception (c) est justifiée par l'urgence de garantir la continuité du service public.

Considérant que les exceptions prévues par l'article 10 se justifient par des considérations relatives à l'ordre public, à la défense nationale, au développement de l'économie ou à la continuité du service public et qu'elles demeurent, toutefois, dans les limites de l'objet de la loi et en rapport direct avec cet objet, ce qui emporte, sur la base de tout ce qui précède, la compatibilité des dispositions des articles 9 et 10 avec la constitution et notamment ses articles 6, 7 et 41.

Concernant le droit réel spécial accordé au concessionnaire :

Considérant que l'article 34 de la constitution dispose notamment que les textes relatifs aux principes fondamentaux des droits réels sont pris sous forme de lois.

Considérant que le projet de loi crée, en vertu de son article 39, un droit réel spécial au profit du concessionnaire sur les constructions, ouvrages et installations établis sur le domaine revenant au concédant et dont la réalisation, la modification ou l'extension rentre dans le cadre de l'exécution du contrat.

Considérant que le projet requiert pour l'inscription du droit réel précité ainsi que des droits des créanciers le grevant, l'application des formes et procédures prévues par la législation en vigueur en matière de droits réels.

Considérant qu'en égard à la nature spéciale de ce droit réel créé sur le domaine revenant à la personne publique concédante, l'article 41 du projet de loi soumis, le limite à la garantie des emprunts contractés par le concessionnaire en vue de financer la réalisation, la modification, l'extension, l'entretien ou le renouvellement des constructions, ouvrages fixes et installations réalisés dans le cadre de la concession, et sous la condition que les hypothèques les grevant, s'éteignent à l'expiration du

contrat de concession lequel ne peut être prorogé que dans des cas déterminés par le projet soumis, pour une seule fois et pour une durée déterminée.

Considérant qu'il est loisible au législateur, dans le cadre de la détermination des principes fondamentaux en matière de droits réels sur la base de l'article 34 de la constitution, d'édicter des règles relatives soit à la création de ce droit réel spécial, soit aux conditions de son exercice et à la portée des garanties qu'il offre, ce qui emporte la compatibilité de ces dispositions à la constitution.

Considérant qu'il ressort de l'examen du reste des dispositions du projet qu'elles ne sont pas contraires à la constitution et qu'elles lui sont compatibles.

Emet l'avis suivant :

Le projet de loi relatif au régime des concessions ne soulève aucune inconstitutionnalité.

Délibéré par le conseil constitutionnel dans la séance tenue à son siège au Bardo, le samedi 27 octobre 2007, sous la présidence de Monsieur Fathi Abdennadher et en présence des membres Madame Faiza Kefi, Messieurs Mohamed Lejmi, Ghazi Jribi, Mohamed Kamel Charfeddine, Néjib Belaid et Madame Radhia Ben Salah et Monsieur Brahim Bertegi.

Pour le conseil constitutionnel

Le président

Fathi Abdennadher