

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE DE DROIT PUBLIC

N° 1 - septembre 2018

Chronique de droit public

Écrit par

Pierre-Yves GAHDOUN



Professeur à l'Université de Montpellier CERCOP

Conseil constitutionnel, Décision n°2018-766 DC du 21 juin 2018, Loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen

Les censures fondées sur le défaut de normativité d'une disposition législative ne sont pas si courantes. Annoncée dans un discours remarqué du président Mazeaud à l'Élysée en 2005, mobilisée dans un arrêt devenu célèbre la même année⁽¹⁾, l'exigence de normativité n'a pas connu le bel avenir qui lui était pourtant promis. Et même pire puisque, jusqu'en 2016, aucune loi n'avait subi les foudres du Conseil pour défaut de normativité en dépit d'un nombre incalculable de demandes invoquant ce principe -- en DC comme en QPC.

2016 donc, l'année du changement : comme le rappelle le « commentaire » adossé à la décision ici commentée, deux censures ont été prononcées depuis le 1^{er} janvier 2016 laissant augurer un renouveau inattendu et pour certains bienvenu de cette exigence de normativité.

La décision du 21 juin 2018 s'inscrit dans cette tendance. Le Conseil invalide en effet, dans cette affaire, la seule et unique disposition qui était offerte à son contrôle, en l'occurrence une disposition dite « transitoire ». De quoi s'agit-il précisément ?

La loi relative à l'élection des représentants au Parlement européen rétablit une circonscription électorale unique -- en supprimant les huit circonscriptions régionales -- pour les prochaines élections au Parlement européen prévues en 2019 (sans toutefois modifier le mode de scrutin). Elle adapte également les modalités d'attribution des temps d'antenne de la campagne audiovisuelle officielle entre les listes qui ne sont pas soutenues par des partis représentés à l'Assemblée nationale et au Sénat, en tirant les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 31 mai 2017 qui a censuré le dispositif en vigueur pour les élections législatives. Elle modifie enfin les dispositions relatives au plafond de remboursement des dépenses électorales. Voilà pour l'essentiel.

Mais de tout cela, il n'a pas été question dans la décision du 21 juin 2018 puisque les députés auteurs de la saisine ont seulement pointé l'inconstitutionnalité, selon eux, de l'article final disposant que la loi déferée entre en vigueur au lendemain de sa publication au Journal officiel « sans préjudice de l'application des dispositions prises par les autorités compétentes de l'Union européenne organisant, le cas échéant, l'élection de représentants au Parlement européen sur des listes transnationales au sein d'une circonscription européenne ». Cette rédaction un peu énigmatique permettait en fait au gouvernement d'inscrire dans le marbre de la loi son souhait à peine voilé que des listes « transnationales » voient enfin le jour et que le parlement européen adopte, dans les prochaines semaines, un nouvel acte en ce sens. C'est donc faute de mieux que la loi française est votée en l'état, dans l'attente d'une réforme décidée... à Bruxelles, et non à Paris. Sans beaucoup d'espoir à vrai dire : les députés européens ont effet (massivement) rejeté toute idée de listes transnationales par un vote du 7 février 2018, soit près d'un mois après le dépôt du projet de loi sur le bureau du Parlement. Prenant acte de ce refus, certains députés ont donc demandé au gouvernement de revoir sa copie afin de supprimer cette disposition devenue sans objet. Mais l'exécutif a choisi de la maintenir, s'attirant alors un déluge de critiques sur les bancs de l'opposition.

L'une des critiques était justement celle du défaut de normativité : le Parlement européen ayant repoussé l'idée de listes transnationales, une telle référence dans la nouvelle loi était au mieux inutile, et donc « non normative » selon les mots des requérants. Le Conseil d'État est d'ailleurs allé dans ce sens en « conseillant » au Gouvernement de supprimer la disposition litigieuse. Ce qu'il n'a pas fait préférant s'en remettre à la sagesse du Conseil sur ce point.

Que dit le juge constitutionnel ? Il admet d'abord que l'adoption des listes transnationales par les autorités européennes « est insusceptible de se produire avant l'entrée en vigueur de la loi. Dès lors dit-il, « ces dispositions ne constituent pas une condition d'entrée en vigueur de la loi » ; et il ajoute que « dans la mesure où les dispositions contestées font référence à une éventuelle modification des règles européennes dont la teneur n'est pas connue, elles ne peuvent non plus avoir pour objet de préciser les conséquences qu'il conviendrait d'en tirer pour l'application de la loi déferée » ; pour finalement conclure que les dispositions en cause « sont dépourvues de portée normative ». Le Conseil précise également -- c'est important de le souligner -- que les dispositions ont « d'ailleurs pour effet de nuire à l'intelligibilité du reste du premier alinéa de l'article 9 ».

Faut-il se réjouir sans réserve de cette abrogation qui corrige une malfaçon législative et laisse entrevoir au législateur un contrôle du Conseil plus resserré sur ce terrain ? Pas nécessairement...

Évidemment, on ne reprochera jamais au juge constitutionnel de souhaiter endiguer les lois bavardes, mal rédigées ou mal préparées. Et sous cette lumière, l'exigence de normativité est assurément un progrès. Il reste que, pour le cas présent, la censure prononcée par le Conseil soulève un certain nombre de questions qui noircissent tout de même le tableau.

En premier lieu, il n'est pas tout à fait innocent que la disposition concernée soit une disposition transitoire. Ce genre de disposition, en effet, ne répond pas aux mêmes critères de normativité que les autres dispositions d'une loi pour la simple et bonne raison que l'objet du droit transitoire n'est pas de régler une situation factuelle en lui attribuant une signification juridique, mais bien plutôt de régir la seule temporalité d'une loi. Il est assez facile -- quoique... -- de dire si une disposition est ou non normative, si elle interdit, permet, sanctionne, déroge,... En revanche, il n'est jamais question de cela en matière de droit transitoire : la disposition « indiquera » simplement une date d'entrée en vigueur, une survie de la loi ancienne pendant un certain temps, pour certaines situations. Bien souvent la rédaction de ce genre de disposition échappe donc aux canons habituels de la normativité et cela conduit -- peut conduire -- le juge constitutionnel (et les requérants) à une appréciation faussée de la « normativité ».

En l'espèce d'ailleurs, contrairement à l'avis du Conseil, il nous semble que la disposition censurée était parfaitement normative, au sens où elle produisait effectivement du droit. Quel droit précisément ? En indiquant que la loi s'appliquera « sans préjudice » de l'adoption d'une autre norme, elle crée une condition d'application qui sans doute n'advientra jamais, mais qui reste somme toute très classique en matière de droit transitoire. Ce n'est pas parce qu'un événement prévu par une loi ne se produit pas que cette même loi perd automatiquement son caractère normatif. Imaginons par exemple une loi qui prétend, dans ses dispositions finales, qu'elle ne s'appliquera pas à certains contrats ultérieurs ; quand bien même aucun contrat ne serait finalement signé, cela n'entacherait nullement le caractère impératif de la mesure transitoire. À la rigueur, une loi pourrait très bien s'appliquer « sous réserve que la terre ne soit pas plate » ou « sans préjudice d'une invasion extra-terrestre », ces événements fort peu probables n'excluent pas le caractère bel et bien normatif du commandement législatif.

En second lieu, il nous semble que le Conseil adopte dans cette affaire une conception un peu étroite de ce qu'est, ou doit être, une disposition transitoire acceptable, donc normative. Pour conclure à l'absence de normativité, le juge constitutionnel relève en effet que la disposition en cause ne constitue pas une entrée en vigueur différée et qu'elle n'a pas davantage pour objet de « tirer des conséquences » de l'adoption d'une autre norme. La rédaction utilisée laisse donc entendre que, sortie de cette alternative, la normativité fera toujours défaut. Or il existe bien d'autres cas, parfaitement « normatifs », qui peuvent justifier la présence d'une mesure transitoire. Par exemple, une mesure qui aurait pour objet de faire survivre la loi ancienne pour certains actes ; par exemple encore une mesure qui adopterait un régime transitoire spécifique pendant un certain temps et pour certaines situations. Tout cela reste bien dans le domaine du droit.

Enfin, il faut souligner que si les requérants ont simplement invoqué le grief tiré du défaut de normativité, le Conseil a souhaité soulever « d'office » le grief tiré de l'exigence d'intelligibilité des lois. On comprend bien pourquoi : le défaut de normativité était susceptible d'alimenter en l'espèce, et même plus largement, des débats pratiquement sans fin ; en revanche, il est bien certain que la rédaction adoptée par le Gouvernement ne brillait guère par sa clarté. On prendra donc le parti de croire et de dire que cette référence au principe d'intelligibilité a permis au Conseil de renforcer une décision... qui manquait peut-être de conviction !

Conseil constitutionnel, Décision n°2018-711 QPC du 8 juin 2018, Communauté d'agglomération du Grand Sénonais [Garantie d'octroi d'une dotation d'intercommunalité à hauteur de 95 % de la dotation de l'année

précédente]

Une rupture d'égalité peut-elle se justifier par le seul fait qu'elle est de courte durée ? *A priori* non : les différences de traitement, quelle que soit leur durée -- un jour, un mois, un an,... - doivent toujours revendiquer un intérêt général ou une différence de situation et ne peuvent prétexter une éventuelle brièveté pour s'extraire des exigences constitutionnelles en la matière. C'est pourtant une décision inverse -- et surprenante -- qui est rendue le 8 juin 2018 : pour justifier une rupture d'égalité, le Conseil insiste, dans cette décision, sur le fait que « la différence de traitement ainsi instaurée n'est pas pérenne »⁽²⁾. Une inégalité est ainsi admise par le juge constitutionnel, mais elle est autorisée, pardonnée en quelque sorte, en raison de son caractère simplement provisoire.

Concrètement, il s'agissait pour le Conseil de juger certaines dispositions du Code général des collectivités territoriales (CGCT) organisant la dotation financière accordée aux communautés d'agglomération nouvellement créées ou résultant de la transformation de communautés de communes. Le CGCT prévoit dans ce cadre que la dotation augmentera progressivement les trois premières années pour se fixer ensuite au même niveau que les autres communautés d'agglomération, plus anciennes. Il existait donc, objectivement, une rupture d'égalité entre les structures récentes et les structures déjà existantes. Mais une inégalité temporaire, disparaissant par l'écoulement naturel du temps, en l'occurrence trois ans. Les requérants voyaient là une raison suffisante pour censurer la loi⁽³⁾ -- trois ans, ce n'est pas rien ! -- mais le Conseil en a donc décidé autrement en validant le dispositif. Cette façon originale d'appréhender les ruptures d'égalité en termes de durée est-elle satisfaisante sur le plan des principes ? Le sentiment est mitigé...

D'abord le bon côté des choses : on a trop souvent reproché au Conseil de ne pas s'intéresser aux situations concrètes, au contexte, aux vrais évènements, pour ne pas voir dans cette prise en compte de la durée des inégalités une évolution bienvenue. L'égalité, comme les autres principes constitutionnels, s'apprécie souvent au regard d'éléments divers, certains très factuels. Tout cela exige une analyse « au laser » des différents cas et le Conseil, dans la situation de juge objectif qui est la sienne, se trouve parfois dans l'incapacité de faire un arbitrage pertinent, faute pour lui de disposer d'instruments adéquats. Par ailleurs, le Conseil d'État et la Cour de cassation n'hésitent plus aujourd'hui à « concrétiser » leur contrôle de conventionnalité, au besoin en examinant la situation concrète des requérants pour dire si, dans un cas particulier et pas dans un autre, la loi méconnaît les obligations conventionnelles de la France. Or en faisant de la durée des inégalités un élément d'appréciation des discriminations, le Conseil lui aussi -- sans doute dans une moindre mesure -- participe à ce mouvement déjà salué par la doctrine de concrétisation de la protection des droits fondamentaux⁽⁴⁾.

Du côté des critiques, on ne peut s'empêcher de déceler, dans cette appréciation de la durée des inégalités, un instrument bien pratique permettant au Conseil de valider des inégalités là où l'intérêt général n'est pas présent, ou pas suffisamment. Comme en l'espèce d'ailleurs : à vrai dire, aucun intérêt général ne justifiait d'appliquer aux communautés d'agglomération nouvellement créées ou résultant de la transformation de communautés de communes une dotation moins importante, si ce n'est peut-être un intérêt strictement budgétaire visant à réduire la dotation de l'État. Or il se trouve que le Conseil n'a jamais témoigné de bienveillance excessive pour ces motifs purement financiers -- il lui est arrivé par exemple de censurer une rétroactivité fondée sur ces seuls motifs⁽⁵⁾. En ce sens, le fait que l'inégalité soit de courte durée permet peut-être au juge constitutionnel -- habilement... -- de valider un dispositif peu ou mal justifié par le législateur. Bref, rien de bon pour le principe d'égalité !

Conseil constitutionnel, Décision n°2018-702 QPC du 20 avril 2018, Société Fnac Darty [Pouvoirs du président de l'autorité de la concurrence en matière d'opérations de concentration]

On compare souvent les autorités administratives indépendantes (AAI) à d'authentiques juridictions. Les pouvoirs qu'elles détiennent, leur domaine d'intervention, leur fonctionnement ou leur organisation sont autant d'éléments qui entretiennent une certaine confusion notamment dans l'esprit des justiciables. Aux premières heures de la QPC, la « Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel », généralement qualifiée d'AAI par la doctrine, s'était ainsi autorisée à examiner une QPC dans sa décision du 13 mai 2011 car, à ses yeux, la loi lui avait donné le statut de « juridiction » au sens de la loi organique du 10 décembre 2009. Mais le Conseil d'État avait corrigé cette « mauvaise » lecture des dispositions organiques en estimant que la Commission des sanctions était simplement « une autorité administrative indépendante »⁽⁶⁾.

Dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la principale question qui se pose à ce titre est celle de savoir si les règles et principes constitutionnels applicables de longue date aux juridictions gouvernement ou non le sort des différentes AAI. Le Conseil n'a jamais répondu clairement à cette question préférant une jurisprudence au cas par cas, selon les situations et les principes en cause. Et notamment le principe d'égalité : l'une des particularités de ce principe est d'accueillir en son sein plusieurs « déclinaisons », avec des régimes juridiques variables plus ou moins contraignants pour le législateur.

Dans l'affaire ici commentée du 20 avril 2018, les requérants reprochaient au Code de commerce d'organiser une rupture d'égalité entre les opérateurs en permettant au président de l'Autorité de la concurrence de choisir discrétionnairement les cas dans lesquels il intervient seul, à la manière d'un juge unique. Sur le fond, ils n'avaient pas vraiment tort : la loi offre bien au président de l'Autorité de la concurrence la possibilité de juger certaines affaires sans l'intervention de l'institution dans son ensemble, lorsqu'il s'agit, dit le Code, de « décisions de révision et de mise en œuvre des engagements, injonctions et prescriptions décidées par cette autorité dans le cadre de l'examen approfondi des opérations de concentration économique ». En langage clair, il revient à la formation collégiale de prendre les décisions importantes et à son président d'adopter les mesures d'applications. Tout cela crée évidemment une rupture d'égalité puisque certains opérateurs seront jugés, pour une situation identique, soit par l'organe dans son ensemble, soit par le président seul.

Or il se trouve que le Conseil constitutionnel a déjà censuré en 1975 un mécanisme similaire en jugeant que le respect du principe d'égalité devant la justice « fait obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées selon des règles différentes »⁽⁷⁾. Avec une différence néanmoins : il s'agissait à l'époque d'une législation pénale, applicable à l'autorité judiciaire, et pour cette raison le Conseil avait mobilisé le principe d'égalité *devant la justice* pour bâtir son raisonnement. Rien de tout cela ici puisque, dans cette décision du 20 avril 2018, le juge constitutionnel s'appuie sur le principe d'égalité *devant la loi* et décide de valider le dispositif en rappelant les bonnes intentions du législateur « qui a entendu assurer l'exécution effective et rapide des décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des opérations de concentration, en permettant à son président, ou à un vice-président, de décider seul lorsque l'affaire ne présente pas de difficultés particulières ou lorsque des exigences de délai le justifient ».

On pourra tirer de cette décision deux enseignements importants : que les différentes variantes du principe d'égalité n'ont décidément pas la même portée ni la même efficacité contentieuse ; et que la comparaison pourtant classique entre les AAI et les juridictions devient ces derniers temps, au fil des décisions du Conseil, de plus en plus hasardeuse.

(1) Décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005.

(2) Le Conseil avait déjà reconnu, en 2013, la possibilité pour le législateur d'organiser des différences de traitement provisoires, mais de façon moins claire : « que pour déterminer les modalités de cet alignement progressif des tarifs, les dispositions contestées retiennent des critères objectifs et rationnels en lien direct avec l'objectif poursuivi par le législateur ; qu'en retenant une durée de cinq ans pour cet alignement progressif, le législateur n'a pas porté atteinte à l'égalité entre les collectivités territoriales ; que, par suite, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité entre les collectivités territoriales doit être écarté » (Décision n° 2013-305/306/307 QPC du 19 avril 2013).

(3) Le Conseil ayant déjà censuré une disposition « de courte durée » créant des discriminations : « Dès lors, nonobstant leur application limitée à une période expirant le 31 décembre 2016, les dispositions de l'article L. 314-1-1 du code de l'énergie méconnaissent les exigences de l'article 6 de la Déclaration de 1789 » (Décision n° 2014-410 QPC, 18 juillet 2014).

(4) J. Bonnet, A. Roblot-Troizier, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821.

(5) Dans le projet de loi de finances pour l'année 2013, le législateur avait adopté une disposition supprimant le caractère libératoire de certains prélèvements forfaitaires « à compter du 1^{er} janvier 2012 », c'est-à-dire de façon rétroactive. Le motif invoqué lors des débats était celui de la nécessité d'augmenter les recettes de l'État. Le Conseil estime que ce mobile financier est « insuffisant » et invalide le dispositif.

(6) CE 30 janvier 2013, Caisse de crédit municipal de Toulon, n° 347357.

(7) Décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale.

Citer cet article

Pierre-Yves GAHDOUN. « Chronique de droit public », Titre VII [en ligne], n° 1, *Le sens d'une constitution*, septembre 2018. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-public>