

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE DE DROIT PRIVÉ

N° 6 - avril 2021

Chronique de droit privé (juillet 2020 à décembre 2020)

Écrit par

Thomas PIAZZON



Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. L'hiver se poursuit, au second semestre de l'année 2020, pour les droits et libertés fondamentaux, ainsi qu'en témoigne symboliquement le nombre inhabituellement faible des décisions rendues par le Conseil constitutionnel durant cette période : onze décisions DC - tout de même ! la crise sanitaire excite la frénésie législative... -, mais seulement dix-neuf décisions QPC. Et l'on constate amèrement que la volonté de restreindre les libertés et leurs garanties légales est aussi contagieuse qu'un virus. Bien loin du seul et préoccupant domaine sanitaire, en effet, cette volonté semble pénétrer de nombreux esprits - par exemple celui de la ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, lorsqu'elle exhorte le CNRS à mener des « enquêtes » sur la pertinence des recherches universitaires qui seraient « gangrenées » par l'« *islamo-gauchisme* » ⁽¹⁾ ... Il est vrai qu'en mettant à sac le Conseil national des Universités (CNU), la récente loi de programmation de la recherche (« LPR ») du 24 décembre 2020 avait ouvert la voie ⁽²⁾, avec les applaudissements du Conseil constitutionnel ⁽³⁾ - par qui l'on sait désormais que le principe d'indépendance des enseignants-chercheurs relève du plus inoffensif folklore ⁽⁴⁾. Nous avons tous à craindre du climat liberticide ambiant.

2. Peu de décisions intéressant directement le droit privé sont ainsi à signaler pour ce second semestre de l'année 2020, sans doute le plus creux qu'il nous ait été donné de commenter depuis l'entrée en application de la QPC en mars 2010 - la crise sanitaire ayant eu raison, au surplus, des jolies célébrations printanières que ce joyeux anniversaire laissait augurer, petits fours à l'appui. Au reste, une bonne partie des décisions rendues par le Conseil au cours des six derniers mois concerne encore et toujours cette crise interminable, entre sortie (déc. n° 803 DC) et retour (déc. n° 808 DC) à l'état d'urgence sanitaire. Après un bref examen de ces décisions au contenu très prévisible, deux censures fondées sur l'application du principe d'égalité seront mentionnées, toutes deux dans le champ du droit social (déc. n° 856 QPC et n° 860 QPC). Le droit des contrats sera ensuite mis à l'honneur brièvement, sous l'angle de la sécurité juridique que l'engagement contractuel est censé procurer (déc. n° 857 QPC et n° 813 DC). La décision la plus intéressante, relative à la protection constitutionnelle du droit de propriété, sera gardée pour la fin (déc. n° 853 QPC).

3. Que l'on sorte (provisoirement) de l'état d'urgence sanitaire, ou que la loi prolonge celui-ci après que l'on y soit de nouveau entré, le point commun, pour le Conseil constitutionnel, est d'être sommé par le Premier ministre de statuer selon la procédure d'urgence prévue par l'article 61, alinéa 3, de la Constitution de 1958. Ainsi les décisions n° 803 DC et n° 808 DC ont-elles été respectivement rendues cinq jours et six jours après les saisines parlementaires, ce qui laisse difficilement présager un contrôle serré ou, pour les observateurs les plus pessimistes, un contrôle sérieux de la constitutionnalité de ces textes... La première de ces deux décisions, n° 2020-803 DC du 9 juillet 2020, est ainsi relative à la *loi organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire*, loi dont l'intitulé est assez trompeur puisqu'elle a pour objet, notamment, d'instaurer de nouvelles restrictions de liberté simplement moins graves que les anciennes. Qui croyait sortir de l'état d'urgence n'en sort ainsi qu'à moitié, les pouvoirs conférés par la loi au Premier ministre demeurant très attentatoires aux libertés individuelles. Malgré le court laps de temps qui lui était laissé, le Conseil constitutionnel s'est

consciencieusement appliqué à écarter tous les griefs que les sénateurs requérants avaient dirigés contre cette loi en trompe-l'œil. Écartant, au prix d'une brève interprétation de texte, un grief fondé sur l'inintelligibilité de la loi (§ 3 à 7), les sages se concentrent d'abord sur les dispositions qui permettent au Premier ministre de réglementer ou d'interdire la circulation des personnes et des véhicules (art. 1^{er}, I, 1^o). Les sénateurs en appelaient en quelque sorte au bon sens, en reprochant « à ces dispositions de permettre aux pouvoirs publics de méconnaître la liberté d'aller et de venir dans la mesure où elles seraient susceptibles de conduire à une totale interdiction de circulation alors même que les conditions de recours à l'état d'urgence sanitaire ne sont plus réunies » (§ 9). Comme il l'avait fait dans sa décision n° 800 DC au mois de mai 2020 ⁽⁵⁾, au sujet du régime de l'état d'urgence sanitaire, le Conseil privilégie toutefois, ici encore, l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, au terme d'un contrôle ouvertement restreint : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause l'appréciation par le législateur [du risque important de propagation de l'épidémie], dès lors que cette appréciation n'est pas, en l'état des connaissances, manifestement inadéquate au regard de la situation présente » (§ 13). Au passage, le Conseil constitutionnel s'improvise épidémiologiste, ne craignant pas d'écrire, sans toutefois citer ses sources, que « la circulation des personnes et des véhicules [est] un vecteur de propagation de l'épidémie de covid-19 » (§ 12) - ce qui ne va pas tout à fait de soi concernant la circulation des véhicules (le pot d'échappement serait-il en cause ?) ! On mettra cette maladresse sur le compte de la précipitation (à moins qu'il ne s'agisse d'une métonymie pour désigner conducteur et passagers ?). Sur le fond, deux arguments principaux sont avancés. D'une part, la possibilité de saisir le juge administratif d'un référé-suspension ou d'un référé-liberté pour contester les mesures que prendra le Premier ministre (§ 14 *in fine*) ; comme en mai dernier, cela démontre les limites intrinsèques du contrôle abstrait de la constitutionnalité des lois, voire sa franche inutilité sur ces questions très sensibles. D'autre part, « il ressort des travaux parlementaires que l'interdiction de circulation des personnes ne peut conduire à leur interdire de sortir de leur domicile ou de ses alentours » (§ 15) ⁽⁶⁾. Une objection vient immédiatement à l'esprit : on préférerait que cette limite ressorte clairement des termes mêmes de la loi, plutôt que de travaux préparatoires dénués de toute portée normative. Est-ce bien, en effet, le rôle des travaux parlementaires que d'apporter les garanties nécessaires à l'exercice des libertés publiques ? Comme nous l'avons dit plus haut, cette décision donne la désagréable impression que nous devrions nous accoutumer à ces restrictions de libertés et, au lieu de nous plaindre de ne pouvoir nous déplacer librement, saluer ce Gouvernement qui ne va pas, ici, jusqu'à nous assigner à domicile - alors même, rappelons-le, que la loi est censée organiser la sortie de l'état d'urgence sanitaire... Comme en mai 2020, le grief tiré de la liberté de manifestation et de la liberté de réunion (§ 19, au sujet de la fermeture provisoire de certaines catégories d'établissements recevant du public ainsi que des lieux de réunion), est également balayé par le Conseil constitutionnel - quand bien même son contrôle est censé être plus poussé sur ce point. L'objectif de protection de la santé l'emporte encore une fois et, au soutien de sa décision, le Conseil croit bon de relever que la fermeture provisoire ne s'applique pas aux « locaux d'habitation » (§ 22), ce qui n'est pas très rassurant au vu de la marge d'appréciation qui en résulte implicitement pour les pouvoirs publics. Empiétant sur la chronique de droit pénal, signalons enfin que le principe de la légalité des délits et des peines n'est pas violé, selon le Conseil, lorsque la loi préserve « l'accès des personnes aux biens et services de première nécessité », à l'exclusion des autres, au titre de la définition du délit que constitue la violation des interdictions édictées (§ 27 à 35). On se souvient pourtant des inextricables débats relatifs à cette pseudo-catégorie en fin d'année 2020... N'a-t-on pas entendu dire, par exemple, qu'un pyjama pour enfant en taille deux ans serait un produit de première nécessité, tandis qu'un pyjama en taille quatre ans ne le serait pas ⁽⁷⁾ ! Mais on a bien compris que, du haut de sa tour d'ivoire, le Conseil constitutionnel n'entend pas contrarier la gestion de sa puérile population par un Gouvernement qui ne lui veut, paraît-il, que du bien ⁽⁸⁾.

4. Le retour à l'état d'urgence sanitaire *proprement dit* (état d'urgence déclaré par décret, mais prorogé par la loi) a donné lieu à la **décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020, Loi autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire**, également rendue sous le régime de la procédure d'urgence prévue par l'article 61 de la Constitution. Reprenant le paragraphe de principe dégagé dans sa décision n° 800 DC du 11 mai 2020, le Conseil confirme que « la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence sanitaire. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République » (§ 5), au nombre desquels figurent les principes invoqués en l'espèce par les parlementaires requérants : liberté d'aller et de venir, droit au respect de la vie privée, liberté d'entreprendre, liberté d'expression et de communication (§ 3). Rappelant également que le contrôle qu'ils opèrent sur ce point est - encore une fois - restreint (§ 6 *in fine*) ⁽⁹⁾, les sages font prévaloir, sans surprise, l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, déduit du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, pour écarter les griefs dirigés contre la prorogation de l'état d'urgence jusqu'au 16 février 2021 (§ 2 à 9) ⁽¹⁰⁾. Outre cette prorogation qui nous a ramenés, d'un point de vue législatif, à la situation du printemps 2020, la loi déferée a également modifié le régime de l'état d'urgence sanitaire sur le fond, en particulier en ce qui concerne le traitement et le partage des données relatives à la santé des personnes atteintes par le virus et des personnes en contact avec elles (art. 5 ; § 16 et s.). Les députés requérants contestaient ces dispositions au nom du droit au respect de la vie privée, au motif qu'elles prolongent dans le temps le traitement et le partage des données conservées et qu'elles élargissent le champ des personnes y ayant accès (§ 17). Sans rentrer dans le détail des mesures nouvelles (faute de temps ?) ⁽¹¹⁾, le Conseil se contente de renvoyer à sa décision n° 800 DC précitée, dont il réitère expressément les réserves d'interprétation (§ 24) ⁽¹²⁾ - sans même les reproduire, ce qui rend la décision, en elle-même, très énigmatique... Relevons enfin que la décision n° 808 DC confirme incidemment ⁽¹³⁾ le récent revirement de jurisprudence par lequel le Conseil s'est reconnu compétent pour connaître de la conformité à la Constitution des ordonnances non ratifiées, « une fois le délai d'habilitation expiré » (§ 33) ⁽¹⁴⁾, solution qui continue de s'attirer les foudres d'une importante partie de la doctrine ⁽¹⁵⁾.

5. Relevant encore de la « vague covid-19 », la **décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020, Société Getzner France**, porte précisément, et pour la première fois, sur une ordonnance *non ratifiée* prise en application de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19. On a bien compris, désormais, que cette absence de ratification ne fait plus obstacle au contrôle du Conseil constitutionnel : « *Si les dispositions d'une ordonnance adoptée selon la procédure prévue à l'article 38 de la Constitution acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur, elles doivent être regardées, dès l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation autorisant le Gouvernement à prendre des ordonnances et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit peut donc être contestée par une question prioritaire de constitutionnalité* » (§ 8) ⁽¹⁶⁾. En va-t-il de même lorsque les dispositions de l'ordonnance concernent la procédure civile, donc une matière relevant du domaine réglementaire ? Les dispositions contestées avaient en effet pour objet d'imposer aux parties, à certaines conditions, une procédure juridictionnelle sans audience. Sur ce point, le Conseil décide que « *si elles relèvent du domaine de la procédure civile, ces dispositions mettent également en cause des règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, qui relèvent de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution* » (§ 10) ; il en déduit que « *les dispositions contestées doivent, à compter du 25 juin 2020* ⁽¹⁷⁾, être regardées comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Il y a lieu, pour le Conseil constitutionnel, de se prononcer sur la constitutionnalité de celles-ci » (§ 11). Telles que résumées par le Conseil, ces dispositions permettent au juge ou au président d'une formation de jugement d'une juridiction judiciaire statuant en matière civile, sociale ou commerciale (mais non pénale), pendant la durée de l'état d'urgence sanitaire, de décider que la procédure se déroulera sans audience. Le juge ou le président doit en informer les parties, qui disposent d'un délai de quinze jours pour s'y opposer ; cette faculté d'opposition est cependant exclue pour « *[les] procédures en référé, [les] procédures accélérées au fond et [les] procédures dans lesquelles le juge doit statuer dans un délai déterminé* » (ord. 25 mars 2020 ⁽¹⁸⁾, art. 8, al. 2), autant de domaines dans lesquels la procédure sans audience peut donc être imposée aux parties en raison du contexte d'urgence sanitaire ⁽¹⁹⁾. La société requérante reprochait à ces dernières dispositions, qui écartent le droit d'opposition des parties à l'instance, de porter atteinte au droit à un procès équitable - à quoi s'ajoutait un bien étrange grief fondé sur la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, au mépris de la « décision IVG » rendue par le Conseil en 1975 (sait-on jamais, puisque l'époque est au revirement de la jurisprudence constitutionnelle ⁽²⁰⁾ !). Des observations en intervention avaient en outre été présentées, d'une part, par le syndicat des avocats de France et le syndicat de la magistrature, qui dénonçaient une atteinte aux droits de la défense et au droit à un recours juridictionnel effectif (§ 5) et, d'autre part, par l'ordre des avocats au barreau de Paris qui, en plus des griefs précédents, invoquait le principe du contradictoire et celui d'égalité devant la justice ⁽²¹⁾. L'ordre des avocats faisait également valoir que « *ces dispositions seraient contraires à un « principe de présence », qu'il demand[ait] au Conseil constitutionnel de reconnaître, qui garantirait la présence physique du justiciable devant le juge* » (§ 6). Le grief qui a le plus longuement retenu l'attention des sages est celui tiré de la méconnaissance des droits de la défense et du droit à un procès équitable, déduits de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC). Si le Conseil avait déjà eu à connaître de la *publicité* des audiences civiles (et administratives), qu'il a érigée en principe constitutionnel ⁽²²⁾, c'est semble-t-il la première fois, « covid-19 oblige », qu'il avait à se prononcer sur la mise à l'écart de leur *tenue* même. Pour cette première occasion, il a décidé de poser les règles de principe suivantes : « *L'organisation d'une audience devant ces juridictions est une garantie légale des exigences constitutionnelles des droits de la défense et du droit à un procès équitable. Il est loisible au législateur, dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* » (§ 14). Restait à faire application de cette nouvelle garantie légale ⁽²³⁾ que constitue l'organisation d'une audience, laquelle peut, en vertu de l'ordonnance contestée, être refusée aux parties, dans certains cas, par le juge. Quatre séries d'arguments sont avancées pour conclure à l'absence de violation de l'article 16 de la Déclaration de 1789. D'abord, sur le plan des principes, le Conseil relève que « *les dispositions contestées visent à favoriser le maintien de l'activité des juridictions civiles, sociales et commerciales malgré les mesures d'urgence sanitaire prises pour lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19. Ces dispositions poursuivent ainsi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et contribuent à la mise en œuvre du principe constitutionnel de continuité du fonctionnement de la justice* » (§ 15) - ce qui signifie qu'il va de soi, pour le juge constitutionnel, que la protection de la santé, devant laquelle tout ou presque ⁽²⁴⁾ doit céder, autorise le pouvoir politique à perturber le fonctionnement de la justice, tout en faisant croire qu'il le préserve, même quand il interdit aux parties d'aller plaider leur cause devant leur juge. Ensuite, le Conseil constate que la procédure sans audience « *ne s'applique qu'aux affaires pour lesquelles la mise en délibéré a été annoncée durant l'état d'urgence sanitaire (...) ou pendant le mois suivant sa cession* » (§ 16) et peu importe que celui-ci puisse avoir tendance à s'éterniser. Ainsi venait-il, après avoir été rétabli, d'être prolongé par la loi cinq jours avant que la présente décision ne soit rendue ; ainsi l'est-il à nouveau jusqu'au 1^{er} juin 2021. À l'été 2020, l'ordonnance contestée s'est appliquée jusqu'au 10 août, date à laquelle des milliers de personnes s'entassaient sans contrainte réglementaire ou légale, depuis plusieurs semaines, sur les plages de France... Dans un troisième temps, qui ne convainc qu'en apparence, les sages, qui partent du principe semble-t-il indiscutable que les audiences seraient dangereuses pour la santé des personnes, estiment que « *les dispositions contestées visent à éviter que l'opposition d'une partie à l'absence de tenue d'une audience conduise au report du jugement de l'affaire à une date éloignée, dans l'attente de meilleures conditions sanitaires. Ces dispositions permettent donc aux juridictions de statuer dans des délais compatibles avec la célérité qu'exigent les procédures d'urgence en cause* » (§ 17). Voilà donc le justiciable présumé de mauvaise foi, en quelque sorte, parce qu'il voudrait être entendu par un juge - y compris dans une procédure qui porterait sur le fond du litige, comme le soulignaient le syndicat des avocats de France et le syndicat de la magistrature, puisque l'ordonnance vise notamment les

« procédures accélérées au fond » (maguère, dites « en la forme des référés »). L'urgence juridique fait ici bon ménage avec l'urgence sanitaire pour tenir les parties éloignées des prétoires. Triste époque. Enfin, le Conseil énumère différentes « garanties » résultant selon lui du dispositif mis en place (§ 18⁽²⁵⁾) avant de conclure : « *Compte tenu du contexte sanitaire particulier résultant de l'épidémie de covid-19 durant la période d'application des dispositions contestées, celles-ci ne privent pas de garanties légales les exigences constitutionnelles des droits de la défense et du droit à un procès équitable* » (§ 19). Cette décision suscite des sentiments mitigés. D'un côté, sa motivation assez étoffée et clairement circonstanciée laisse penser que la tenue des audiences est une règle à laquelle le juge constitutionnel accorde une réelle importance ; elle constitue bien une garantie légale du procès équitable, et là est sans doute l'essentiel - à long terme. Il ne faudrait pas en effet, demain, que nos gouvernements devenus exsangues voient dans cette justice sans audience, c'est-à-dire au rabais, une nouvelle source potentielle d'économie qui ne demanderait qu'à prospérer, quel que soit l'état sanitaire du pays... La position du Conseil devrait s'y opposer. D'un autre côté, il est inquiétant de constater que la protection de la santé devient une formule constitutionnelle magique pour justifier, en l'état de la jurisprudence du Conseil, la quasi-totalité des atteintes portées par la loi aux droits et aux libertés. Souhaitons, au gré d'une amélioration de la situation sanitaire (à laquelle ces mesures ne semblent guère contribuer...) qu'un bilan puisse être bientôt tiré de son traitement constitutionnel. Il n'est pour l'instant guère de moyens législatifs que la fin sécuritaire n'ait justifiés⁽²⁶⁾.

6. Les deux décisions suivantes concernent le droit social *lato sensu* et prononcent deux censures sur le fondement du principe d'égalité proclamé par l'article 6 de la Déclaration de 1789. Toutes deux contribuent à mettre en évidence la condition finale posée par le célèbre « considérant » de principe ciselé de longue date par le Conseil constitutionnel : « *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* » (nous soulignons). La première affaire (**décision n° 2020-860 QPC du 15 octobre 2020 *Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur et autre***) concerne une disposition de la récente loi relative à la transformation de la fonction publique qui a mis en place (à titre expérimental⁽²⁷⁾) une procédure de rupture conventionnelle de la relation de travail entre un fonctionnaire et son administration (sur le modèle de celle instituée en droit privé, dix ans plus tôt, par la loi du 25 juin 2008), dans le but de favoriser la mobilité entre secteur public et secteur privé. La disposition renvoyée au Conseil prévoyait que « *durant la procédure de rupture conventionnelle, le fonctionnaire peut se faire assister par un conseiller désigné par une organisation syndicale représentative de son choix* » (L. n° 2019-828 du 6 août 2019, art. 72, I, al. 10), la notion de représentativité, au sens de ce texte, étant définie par un décret d'application⁽²⁸⁾. Les deux syndicats requérants reprochaient à la loi de 2019 d'interdire aux organisations syndicales non représentatives d'assister un fonctionnaire au cours d'une procédure de rupture conventionnelle, au mépris du principe d'égalité (§ 2)⁽²⁹⁾. Constatant l'évidente différence de traitement entre organisations syndicales (§ 6), le Conseil en prononce la censure (§ 8), sans modulation dans le temps (§ 10⁽³⁰⁾), au terme d'une motivation expresse : « *En adoptant ces dispositions, le législateur a entendu accorder une garantie au fonctionnaire durant la procédure de rupture conventionnelle. Toutefois, le caractère représentatif ou non d'un syndicat ne détermine pas la capacité du conseiller qu'il a désigné à assurer l'assistance du fonctionnaire dans ce cadre. Dès lors, la différence de traitement est sans rapport avec l'objet de la loi* » (§ 7). Affaire rondement menée, donc, sur le seul fondement du principe d'égalité, sans référence à la liberté syndicale protégée par le Préambule de la Constitution de 1946. Cette économie de moyen permet de mettre en lumière le fait qu'une différence de traitement ne peut être constitutionnellement tolérée, en application du principe d'égalité, que pour autant qu'elle entretient « *un rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Ainsi n'est-il pas interdit que la loi fasse de la représentativité des syndicats un critère de leur différenciation, bien au contraire, en particulier lorsque sont en jeu des intérêts collectifs⁽³¹⁾. Mais encore faut-il que cette différence ait un sens au regard de l'objectif poursuivi par la loi contestée, ce que le Gouvernement - éternel défenseur de la loi potentiellement inconstitutionnelle ! - n'a pas réussi à démontrer devant les sages. Il faut dire que les arguments invoqués durant l'audience publique⁽³²⁾ ne pesaient pas lourd devant l'implacable constat effectué par le Conseil, à bon escient : au regard de l'objet de la loi de 2019, la représentativité du syndicat auquel il est affilié est sans rapport avec l'aptitude d'un conseiller à défendre au mieux les intérêts individuels du fonctionnaire qu'il assiste. Pas de petits arrangements entre le Parlement et les plus grosses organisations syndicales, par conséquent, pour mettre à l'écart les plus petites ! On peut ainsi se demander, en suivant cette logique concrète, si la liberté syndicale n'aurait pas mérité d'être également avancée à l'appui de cette censure.

7. La seconde décision relative au principe d'égalité, dont la logique constitutionnelle est identique à la précédente, porte sur un sujet dont la dimension historique est essentielle, mais longue à retracer : les allocations prévues par la loi au profit des enfants des mineurs licenciés pour des faits de grève en 1948 et 1952 (**décision n° 2020-856 QPC du 18 septembre 2020, *Mme Suzanne A. et autres***)⁽³³⁾. En résumé, « *pour compenser le caractère discriminatoire et abusif* » de ces lointains licenciements - qui avait été reconnu par la cour d'appel de Versailles le 10 mars 2011, avant que la Cour de cassation ne juge finalement l'action des intéressés prescrite⁽³⁴⁾, ce qui avait ému le pouvoir politique (du moins avant qu'il ne fasse ses comptes financiers...) -, les dispositions contestées, issues de la loi du 29 décembre 2014 de finances pour 2015⁽³⁵⁾, instituent deux allocations : la première au profit des mineurs eux-mêmes ou de leur conjoint survivant, ou encore de leurs enfants en cas de prédécès des parents (allocation forfaitaire de 30 000 euros, somme qui correspondait aux dommages-intérêts alloués par la Cour d'appel de Versailles en 2001), et la seconde au profit des seuls enfants⁽³⁶⁾ (allocation spécifique de 5 000 euros). Toutefois, dans l'un et l'autre cas, la loi de 2014 subordonnait le versement de ces allocations au fait que le mineur ou son conjoint survivant ait formé une demande de prestations de chauffage et de logement⁽³⁷⁾ (prestations prévues par une loi du 30 décembre 2004⁽³⁸⁾) avant le 2 juin 2017. Après le temps des mines venait donc celui de l'usine à gaz législative, sans doute pour mieux priver les intéressés du droit qu'on prétendait leur reconnaître... Les cinquante auteurs de la présente QPC, tous descendants de mineurs

indûment licenciés voilà plus de trente ans, reprochaient à ces dispositions d'instaurer une différence de traitement contraire à l'article 6 de la Déclaration de 1789, en raison de la distinction qu'elles opèrent entre « *les enfants de mineurs selon que leurs parents ont procédé ou non à [la demande de prestations de chauffage et de logement exigée par la loi] en temps utile* » (§ 2). Comme dans l'affaire n° 860 QPC, les sages prononcent la censure des dispositions contestées, car « *ces différences de traitement sont sans rapport avec l'objet de la loi, qui visait à réparer certains préjudices subis par les mineurs licenciés pour faits de grève en 1948 et 1952 et par leur famille* » (§ 10). Qu'il est plaisant de voir le Conseil constitutionnel tordre ainsi le cou à la duplicité du législateur ! Il suffisait en effet, comme la décision le souligne, que le mineur et son conjoint survivant soient décédés avant l'entrée en vigueur de la loi sans avoir demandé à bénéficier des prestations de chauffage et de logement (d'un montant assez faible⁽³⁹⁾...) pour que le bénéfice de l'allocation forfaitaire de 30 000 euros soit refusé à leurs enfants ; « *ce faisant, ces dispositions opèrent, pour le bénéfice de cette allocation, une différence de traitement entre les personnes admises à venir en représentation du mineur ou de son conjoint survivant selon que ces derniers ont pu solliciter ou non, de leur vivant, le bénéfice des prestations de chauffage et de logement* » (§ 8). Le Conseil ajoute, s'agissant de la seconde allocation (spécifiquement réservée aux enfants), qu'« *une autre différence de traitement est instaurée (...) selon que ces mineurs ou leurs conjoints survivants ont sollicité ou non pour eux-mêmes le bénéfice des prestations de chauffage et de logement* » (§ 9). Faute de rapport avec l'objet de la loi, les différences de traitement résultant de la condition posée par la loi sont donc censurées. Cette solution est logique, car, en vérité, les allocations créées par la loi de 2014 sont sans rapport avec les prestations de chauffage et de logement dont le bénéfice avait été restitué en 2004 aux mineurs licenciés en 1948 et 1952 ou à leur conjoint survivant (qui seuls pouvaient les solliciter, à l'exclusion de leurs enfants)⁽⁴⁰⁾. Comme la loi de 2014 le souligne elle-même, en effet, dans le premier alinéa de l'article dont sont issues les dispositions censurées, son objet est la reconnaissance par la République française du « *caractère discriminatoire et abusif du licenciement pour faits de grève des mineurs grévistes en 1948 et 1952, amnistiés en application de la loi n° 81-736 du 4 août 1981 portant amnistie, [des] atteintes ainsi portées à leurs droits fondamentaux et [des] préjudices qui leur furent ainsi causés* » - ce qui, même du point de vue des mineurs, n'a guère de rapport avec les prestations de chauffage et de logement dont la demande conditionnait l'octroi des allocations instituées. Pour des raisons procédurales tenant au respect de son règlement intérieur⁽⁴¹⁾, relevons enfin que le Conseil constitutionnel n'a pas examiné, dans cette affaire, le grief que les requérants soulevaient à l'encontre du cinquième alinéa de l'article renvoyé, selon lequel le bénéfice de l'allocation forfaitaire est réservé aux seuls enfants nés de l'« *union* » entre le mineur et son conjoint, tous deux étant prédécédés. Il est regrettable que le Conseil ait ainsi été privé de répondre à l'argument des requérants (présenté tardivement) qui se fondait sur une différence inconstitutionnelle de traitement « *entre les enfants de mineurs, selon qu'ils sont issus d'un mariage ou nés hors mariage* » (§ 3), les seconds étant exclus du droit que la loi reconnaît aux premiers. Le moins que l'on puisse dire est qu'un tel argument ne manquait pas de poids (y compris constitutionnel⁽⁴²⁾), vingt ans après la célèbre condamnation de l'article 1527, alinéa 2, du Code civil sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁴³⁾ ! Et si l'on songe au libéralisme dont le législateur faisait preuve à la même époque (2012-2017) en matière de droit de la famille, une telle atteinte à l'égalité des filiations paraît même tout à fait extravagante... À moins qu'il se soit agi, une nouvelle fois, de réaliser quelques économies de bouts de chandelle : quand il aime (les mineurs et leurs enfants), le Gouvernement français compte quand même.

8. Le droit des contrats est ensuite à l'honneur de deux décisions de conformité à la Constitution rendues au cours du deuxième semestre 2020. Dans la première (**décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020, Société Bâtiment mayennais**), relative au droit des marchés publics (*lato sensu*), le Conseil avait à connaître du référé contractuel applicable aux contrats de droit privé de la commande publique (selon le vocabulaire issu des bureaux bruxellois), tel qu'instauré par les articles 11 à 20 de l'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures applicables en la matière. Selon un premier grief, la société requérante reprochait au système mis en place, complexe héritage d'une directive européenne⁽⁴⁴⁾, « *de méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif* » (art. 16 DDHC), en « *limit[ant] de manière excessive les manquements qui peuvent être invoqués, après la signature d'un contrat de droit privé de la commande publique, par les concurrents évincés afin d'en obtenir la nullité* » (§ 11). Se livrant à une analyse précise de dispositions en cause (§ 19), qui limitent les cas d'annulation des contrats de droit privé conclus dans ce cadre aux seules « *violations les plus graves des obligations de publicité et de mise en concurrence* », le Conseil constitutionnel estime que « *le législateur a entendu éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur signature et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général* » (§ 21). Au regard de l'économie générale du mécanisme institué par la loi (§ 22 et 23⁽⁴⁵⁾), le Conseil décide que l'atteinte portée au droit à un recours juridictionnel effectif n'est pas disproportionnée (§ 24). C'est loin d'être la première fois que la sécurité juridique (ou son versant négatif : le risque d'instabilité juridique) est mise en exergue dans la jurisprudence du Conseil pour valider des règles restreignant le droit au recours que les contractants sont admis à exercer - que l'on se situe dans le domaine du droit de l'urbanisme⁽⁴⁶⁾ (ou, plus généralement, de la contestation des actes administratifs⁽⁴⁷⁾), des conventions et accords collectifs de travail⁽⁴⁸⁾ ou du droit commun des contrats (au sujet de l'article 414-2 du Code civil⁽⁴⁹⁾). Comme le souligne le service juridique du Conseil, « *c'est davantage l'absence de recours qui est potentiellement contraire à la Constitution que l'existence de règles encadrant ces recours* »⁽⁵⁰⁾. C'est ainsi l'absence de tout recours *efficace* qui avait justifié la censure prononcée par le Conseil constitutionnel, en 2015, au sujet des expertises diligentées par les anciens comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), dont l'employeur devait supporter les frais en dépit de l'annulation en justice de la décision du comité de recourir à l'expertise⁽⁵¹⁾. La société requérante développait un second grief à l'encontre des dispositions renvoyées, en soutenant que « *les candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique disposent, après la signature du contrat, d'une voie de recours supplémentaire reconnue par la jurisprudence administrative* »⁽⁵²⁾, par rapport aux parties ayant conclu un contrat de droit privé ; « *ces dispositions seraient donc contraires au principe d'égalité devant la loi* » (§ 12). Était ainsi mise au banc des accusés constitutionnels la *summa divisio* française entre le droit public et le droit privé, quelque peu

brouillée par le droit de l'Union européenne, dans le domaine spécifique du droit de la commande publique. La révolution copernicienne ne viendra toutefois pas du Conseil constitutionnel qui, tout en constatant la différence des recours ouverts aux parties, juge que « *les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondent à des finalités et des régimes différents. Ainsi, les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique sont dans une situation différente des candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique. Dès lors, la différence de traitement dénoncée, qui est en rapport avec l'objet de la loi, ne méconnaît pas en tout état de cause le principe d'égalité devant la loi* » (§ 26). On circulera donc, puisqu'il n'y a rien à voir, quand bien même la Cour de cassation avait-elle jugé la question sérieuse dans son arrêt de renvoi ⁽⁵³⁾.

9. Certaines dispositions de la loi de finances pour 2021 intéressaient également le droit des contrats (**décision n° 2020-813 DC du 28 décembre 2020, Loi de finances pour 2021**). En l'espèce, le Conseil devait se prononcer, au sujet des contrats de fourniture d'électricité photovoltaïque ou thermodynamique, sur une réduction du tarif d'achat que la loi de finances déclarait applicable aux contrats en cours (art. 225). Sur le fond, les parlementaires auteurs de la saisine soutenaient, en premier lieu, que ces dispositions portaient « *une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle ainsi qu'à la garantie des droits et au droit au maintien des conventions légalement conclues durant cette période [2006-2010] (...). Selon eux, l'objectif purement financier poursuivi par l'État ne saurait être regardé comme un motif d'intérêt général suffisant pour justifier une telle atteinte aux intérêts de la filière photovoltaïque, alors que la durée d'exécution de ces contrats conclus il y a plus de dix ans court encore pour la même période* » ⁽⁵⁴⁾ (§ 31). Pour les privatistes, le contexte n'est pas sans rappeler le fameux arrêt *Canal de Craponne* par lequel la Cour de cassation condamna jadis la théorie de l'imprévision ⁽⁵⁵⁾ - à ceci près, bien sûr, que c'est ici la loi, et non le juge, qui prétend se porter au secours du contractant défavorisé par l'évolution des circonstances extérieures au contrat. D'un point de vue constitutionnel, le grief est rejeté aux termes de trois étapes classiques. Le Conseil rappelle d'abord son « considérant » de principe relatif à la liberté contractuelle (art. 4 DDHC) et au droit au maintien des conventions légalement conclues (art. 4 et 16 DDHC) et constate que ce dernier droit est à l'évidence bafoué, puisque « *les contrats conclus entre 2006 et 2010 l'ont été en considération des tarifs prévus par les arrêtés pris à cet effet. Or les dispositions contestées réduisent ces tarifs, alors que ces contrats sont encore en cours* » (§ 39). La chose est bien connue : même en l'absence de rétroactivité *stricto sensu* (c'est-à-dire de remise en cause du passé), la loi nouvelle peut perturber les prévisions des parties lorsqu'elle s'applique aux contrats en cours (rétrospectivité), de sorte que les contrats demeurent soumis, en principe, à la loi en vigueur au moment de leur conclusion (survie de la loi ancienne). Le contrat est une « *emprise sur l'avenir* » ⁽⁵⁶⁾ que la loi nouvelle peut néanmoins remettre en cause, selon le droit constitutionnel, à condition que soit caractérisé un « *motif d'intérêt général suffisant* » (§ 38). Pour le Conseil, la deuxième étape du raisonnement consiste donc, ensuite, à caractériser cet objectif d'intérêt général, ce qu'il fait au terme d'une motivation un peu longue, mais qui mérite d'être reproduite : « *La baisse importante et rapide des coûts de production des installations photovoltaïques au sol ou sur grande toiture, qui avait été mal anticipée lors de la fixation des conditions tarifaires, a eu pour conséquence une augmentation considérable du profit généré par certaines installations de production d'électricité bénéficiant de ces contrats. En adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu remédier à la situation de déséquilibre contractuel entre les producteurs et les distributeurs d'électricité et ainsi mettre un terme aux effets d'aubaine dont bénéficiaient certains producteurs, au détriment du bon usage des deniers publics et des intérêts financiers de l'État, qui supporte les surcoûts incombant aux distributeurs. Ce faisant, le législateur a poursuivi un objectif d'intérêt général* » (§ 40). Les trois idées clefs sont les suivantes : mauvaise anticipation initiale (la théorie de l'imprévision, c'est la « *thèse de l'imprévoyance* », écrivait Capitant ⁽⁵⁷⁾ ...), déséquilibre contractuel, effet d'aubaine pour les producteurs ⁽⁵⁸⁾. Aux auteurs de la saisine, qui s'inspiraient manifestement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme selon laquelle un motif d'ordre purement financier ne saurait justifier une validation législative (qui est une autre figure de loi perturbatrice des prévisions juridiques), le Conseil répond donc par un argument tout aussi cher à la jurisprudence strasbourgeoise : la volonté de contrecarrer un effet d'aubaine peut justifier la rétroactivité de la loi ou, ici, l'application de la loi nouvelle aux effets futurs des contrats en cours - surtout, sans doute, lorsque sont en jeu les « *deniers publics* ». Relevons également que le souci d'« *assur[er] un meilleur équilibre contractuel* » avait déjà pu être mis en avant par les sages, dans un important précédent, pour justifier une atteinte législative aux contrats en cours ⁽⁵⁹⁾. Le Conseil devait enfin examiner le caractère proportionné de l'atteinte ainsi portée au maintien des conventions légalement conclues, ce qu'il fait en relevant certaines garanties édictées par la loi au profit des « *malheureux* » producteurs d'électricité (§ 41) : par diverses dispositions techniques, « *le législateur a veillé à ce [que la réduction tarifaire] préserve en tout état de cause la rentabilité des installations* » et ne compromette pas « *la viabilité économique du producteur* ». En second lieu, les parlementaires requérants reprochaient aux dispositions contestées de porter atteinte aux principes d'égalité devant la loi et d'égalité devant les charges publiques en ne soumettant que les plus gros producteurs à la baisse de tarif. Selon le Conseil, la volonté de « *mettre un terme aux effets d'aubaine excessifs* » (nous soulignons) justifie la différence de traitement, car les situations des producteurs, petits ou gros, sont différentes : « *Le législateur a pu considérer que les producteurs dont les installations ont une puissance supérieure à ce seuil [250 kilowatts] ont bénéficié d'une rentabilité significativement supérieure à celle des autres producteurs du fait des économies d'échelle réalisées et des prix d'acquisition des matériels qu'ils ont pu négocier* » (§ 45). La différenciation économique justifie ainsi la différenciation juridique.

10. La dernière décision du semestre peut être regardée comme un petit bréviaire sur la protection constitutionnelle du droit de propriété (**décision n° 2020-853 QPC du 31 juillet 2020, M. Antonio O.**). Moyennant une intéressante réserve d'interprétation, le Conseil constitutionnel y juge conformes à la Constitution les dispositions de l'article L. 480-14 du code de l'urbanisme relatives à l'action en démolition d'un ouvrage irrégulièrement édifié ou installé ⁽⁶⁰⁾. Selon le requérant, en permettant, « *pendant un délai de dix ans, la démolition de toute construction au seul*

motif qu'elle méconnaît une règle d'urbanisme, sans qu'il soit tenu compte de la bonne foi du propriétaire ou de la possibilité d'une régularisation », ces dispositions portaient une atteinte disproportionnée tant au droit de propriété qu'au droit au respect de la vie privée (puisque l'ouvrage peut constituer le domicile de l'intéressé ; § 2). Laissant sur le bord de la route le second grief (§ 11), qui n'était pourtant pas farfelu⁽⁶¹⁾, le Conseil se concentre sur le premier et son raisonnement peut être exposé en plusieurs temps. Le premier de ces trois temps n'apparaît pas clairement dans la décision elle-même, mais il est utilement mis en valeur par le commentaire du service juridique. Il s'agissait de caractériser « *les conditions d'opérance (sic) du grief tiré de la méconnaissance du droit de propriété* »⁽⁶²⁾. En d'autres termes (français), la question - préalable - était de savoir si le droit de propriété était susceptible d'être invoqué en l'espèce, dans la mesure où ce droit « *ne peut bénéficier qu'aux personnes qui sont légalement propriétaires des biens* »⁽⁶³⁾. De manière implicite, le Conseil a décidé, en l'espèce, que le droit de propriété était bien un grief opérant, ainsi que le souligne son service juridique : « *La circonstance qu'un ouvrage a été irrégulièrement édifié ou installé est sans conséquence sur le droit de propriété qui s'attache à celui-ci. En effet, les règles d'urbanisme n'ont ni pour objet ni pour effet de déterminer la propriété d'un bien* »⁽⁶⁴⁾. Le mécanisme de l'accession (art. 552 du Code civil) pourrait aussi être convoqué, au moins dans certains cas, pour justifier cette évidence : la propriété du sol emporte la propriété des ouvrages qui y sont édifiés, propriété qui se trouve au reste « consolidée » à l'expiration du délai de dix ans pendant lequel l'action en démolition, en cause dans cette affaire, peut être exercée. Dans un deuxième temps, en lui-même plus classique, le Conseil devait déterminer les normes constitutionnelles applicables au regard de la distinction qu'il opère de longue date entre les privations de propriété (justiciables de l'article 17 de la Déclaration de 1789) et les atteintes aux conditions d'exercice du droit de propriété (contrôlées sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration). Plusieurs affaires ont montré que cette distinction est parfois moins évidente à mettre en œuvre qu'il n'y paraît de prime abord⁽⁶⁵⁾. Décidément en verve, le service juridique du Conseil, au terme d'un long exposé de jurisprudence, explique ainsi que « *la distinction entre une privation de propriété relevant de l'article 17 de la Déclaration de 1789 et l'atteinte portée à l'exercice du droit de propriété soumise à son article 2 ne résulte pas du seul examen matériel de l'effet produit par la disposition litigieuse [aliénation forcée], mais qu'il s'agit en réalité d'une qualification juridique prenant en compte non seulement l'effet produit par la disposition, mais également son objet et le cadre juridique dans lequel elle intervient* »⁽⁶⁶⁾. Il peut s'agir, par exemple, d'assurer le paiement d'une dette, comme dans l'affaire jugée en 2011 à propos de l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire (art. 274, 2^o, du Code civil)⁽⁶⁷⁾, décision dans laquelle le Conseil avait jugé que « *si l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire conduit à ce que l'époux débiteur soit privé de la propriété de ce bien, elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789* » (cons. 5 *in fine*). Dans le même esprit, le Conseil décide, en l'espèce, que « *l'action en démolition prévue par les dispositions contestées ne constitue qu'une conséquence des restrictions apportées aux conditions d'exercice du droit de propriété par les règles d'urbanisme. Elle n'a pour objet que de rétablir les lieux dans leur situation antérieure à l'édification irrégulière de la construction concernée. Il en résulte que, si la démolition d'un tel ouvrage a pour effet de priver son propriétaire de la propriété de ce bien irrégulièrement bâti, elle n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789* ». L'application des règles posées par l'article 17 de la Déclaration serait au reste absurde, ici, puisque ce texte exige que soit assurée à la personne privée de sa propriété « *une juste et préalable indemnité* » ! Dans un troisième et dernier temps, il revenait donc au Conseil de juger les dispositions contestées à l'aune de l'article 2 de la Déclaration qui impose, selon l'interprétation qu'en livre le juge constitutionnel, que les atteintes portées aux conditions d'exercice du droit de propriété soient « *justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi* » (§ 4). La première condition est aisément satisfaite : « *L'action en démolition est justifiée par l'intérêt général qu'elle s'attache au respect des règles d'urbanisme, lesquelles permettent la maîtrise, par les collectivités publiques, de l'occupation des sols et du développement urbain* » (§ 8)⁽⁶⁸⁾. Alors que l'on pouvait s'attendre à ce que le caractère proportionné de la mesure, seconde condition, passe comme une lettre à la poste (ce qui semble être le cas dans un premier mouvement⁽⁶⁹⁾), le Conseil sort de son chapeau une réserve d'interprétation somme toute bienvenue : « *Toutefois, les dispositions contestées ne sauraient, sans porter une atteinte excessive au droit de propriété, être interprétées comme autorisant la démolition d'un tel ouvrage lorsque le juge peut, en application de l'article L. 480-14, ordonner à la place sa mise en conformité et que celle-ci est acceptée par le propriétaire* » (§ 9 *in fine*). Cette réserve rappelle tout à fait celle forgée en 2011 au sujet de l'attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire, dans l'affaire précédemment évoquée : la démolition d'un ouvrage aujourd'hui, à l'instar de l'attribution forcée d'un bien hier, doit être une mesure *subsidaire*, au nom du respect des conditions d'exercice du droit de propriété⁽⁷⁰⁾ - et malgré l'illégitimité, ici, de la situation du propriétaire, ce qui confère à cette décision un contour assez audacieux.

(1) : Voir *Le Monde*, 19 février 2021, p. 1 (« Universités : Frédérique Vidal accroît le malaise »), et p. 7 (« Tensions entre l'exécutif et le monde scientifique »).

(2) : Voir notamment A. Martinon, « L'amendement relatif à la procédure de qualification », *D.*, 2020, p. 2280.

(3) : Cons. const., déc. n° 2020-810 DC du 21 décembre 2020, *Loi de programmation de la recherche pour les années 2021 à 2030 et portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur*, § 2 à 12.

(4) : Les indices en ce sens ne manquaient déjà pas ! Voir par exemple Cons. const., déc. n° 2010-20/21 du 6 août 2010, *M. Jean C. et autres* (loi relative aux libertés et responsabilités des universités, dite « LRU »). Voir aussi, sur ce thème, M. Touzeil-Divina, « Et si l'université entrait - vraiment - dans la Constitution ? », *LPA*, 30 décembre 2020, n° 261, p. 6.

(5) : Cons. const., déc. n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, *Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions* ; voir cette chronique in *Titre VII. Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, octobre 2020, spéc. n° 2.

(6) : Le Conseil ajoute que « l'ensemble des mesures susceptibles d'être prises en application des dispositions contestées s'appliquent sous réserve des déplacements strictement indispensables aux besoins familiaux, professionnels et de santé » (§ 15 *in fine*).

(7) : C'est ce qui semble en effet résulter du décret n° 2020-1310 du 29 octobre 2020 *prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire*, art. 37.

(8) : Voir M. Delmas-Marty, « Le rêve de perfection transforme nos États de droit en États policiers », *Le Monde*, 1^{er} mars 2021.

(9) : Sur ce point, le commentaire du service juridique souligne que, « comme il le rappelle habituellement lorsqu'il s'agit de prendre en compte des situations factuelles au regard de connaissances scientifiques, le Conseil constitutionnel s'est livré uniquement à un contrôle de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation dès lors qu'il ne « dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » » (commentaire de la déc. n° 808 DC, site Internet du Conseil, p. 5).

(10) : L'état d'urgence a été de nouveau prorogé par une loi du 15 février 2021, jusqu'au 1^{er} juin 2021.

(11) : Les modifications apportées par la loi du 14 novembre 2020, ici soumise au Conseil, sont très brièvement exposées aux § 21 à 23 de la décision.

(12) : Voir déc. n° 2020-800 DC, préc., § 73 et 74. Ces réserves concernent d'une part les modalités réglementaires de mise en œuvre de la loi pour assurer la confidentialité des informations collectées et, d'autre part, le recours à des sous-traitants. Voir cette chronique in *Titre VII. Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 5, octobre 2020, spéc. n° 3.

(13) : Était en cause l'article 10 de la loi déferée qui habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures tendant à prolonger, rétablir ou adapter certaines dispositions, elles-mêmes précédemment adoptées par voie d'ordonnance, pour remédier aux conséquences de la crise sanitaire (§ 26 et s.).

(14) : Voir Cons. const., déc. n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020, *Force 5*, et déc. n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, *M. Sofiane A.*

(15) : Voir notamment l'étude cosignée par MM. P. Avril, J.-P. Camby, P. Delvolvé, R. Denoix de Saint-Marc, Y. Gaudemet, P. Mazeaud, J.-É. Schoettl et P. Steinmetz ainsi que par Mmes A.-M. Le Pourhiet et A. Levade, « Le régime juridique des ordonnances non ratifiées. Réflexion sur une chauve-souris juridique », *JCPéd. G.*, 2020, 1267.

(16) : Les amateurs de contentieux constitutionnel remarqueront que la formule du Conseil évolue légèrement, comme le souligne son service juridique : « La dernière phrase de cet énoncé (« peut [...] être contestée par. ») se distingue légèrement de la formulation retenue dans la décision n° 2020-851/852 QPC précitée (« ne peut [...] être contestée que par. »), en ce qu'elle ne restreint pas à l'hypothèse d'une QPC la possibilité de contester la constitutionnalité de dispositions issues d'une ordonnance non ratifiée. Cette évolution rédactionnelle a uniquement pour objet de préciser que la constitutionnalité de telles dispositions pourrait être contestée dans le cadre du contrôle a priori exercé par le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, dans le cas d'une application de sa jurisprudence résultant de la décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie, qui permet au Conseil de contrôler des dispositions législatives en vigueur (qui résulteraient, ici, d'une ordonnance non ratifiée) à l'occasion du contrôle d'une loi qui les modifie, les complète ou affecte leur domaine » (commentaire de la déc. n° 866 QPC, site Internet du Conseil, p. 9).

(17) : Le délai de trois mois, fixé par la loi d'habilitation à compter de sa publication, ayant expiré le 24 juin 2020.

(18) : Telle que modifiée par l'ordonnance n° 2020-595 du 20 mai 2020 modifiant l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de copropriété.

(19) : En l'état du droit antérieur, la procédure sans audience, là où elle a été instituée par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, suppose l'accord des parties (art. L. 212-5-1 du code de l'organisation judiciaire).

(20) : Qui n'advient toutefois pas en l'espèce (!) : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une disposition législative aux stipulations d'un traité ou d'un accord international. Ainsi, le grief tiré de la violation de la convention précitée ne peut qu'être écarté » (§ 22).

(21) : Le grief d'égalité devant la justice, né de la combinaison des articles 6 et 16 de la Déclaration de 1789 (§ 20), est écarté au terme de la motivation suivante : « *D'une part, les dispositions contestées n'instituent pas de différence de traitement entre les parties à une même procédure, le demandeur et le défendeur étant tous deux placés dans l'impossibilité de décider de la procédure sans audience ou de s'y opposer. D'autre part, loin de conférer un pouvoir discrétionnaire au juge pour décider de la tenue ou non d'une audience, ces dispositions ne lui permettent de recourir à la procédure sans audience que dans les conditions précitées, c'est-à-dire dans les instances civiles urgentes dans lesquelles le caractère équitable de la procédure et le respect des droits de la défense peuvent être assurés par des échanges exclusivement écrits entre les avocats* » (§ 21).

(22) : Voir Cons. const., déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2019, *Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice*, § 102. Voir aussi, pour la matière pénale, déc. n° 2017-645 QPC du 21 juillet 2017, *M. Gérard B.*, § 4.

(23) : D'où la « *compétence du législateur dans un domaine - la procédure civile - qui relève en principe du pouvoir réglementaire* » (commentaire préc. du service juridique, p. 16).

(24) : Plutôt tout que presque tout, si l'on fait la synthèse des décisions rendues par le Conseil au sujet de la crise sanitaire depuis le mois de mai 2020.

(25) : « *D'une part, les dispositions contestées ne sont applicables que lorsque les parties doivent être représentées par un avocat ou lorsqu'elles ont choisi d'être représentées ou assistées par un avocat. Cette condition garantit ainsi aux justiciables la possibilité de défendre utilement leur cause dans le cadre d'une procédure écrite. D'autre part, l'article 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020, qui prévoit que la communication entre les parties « est faite par notification entre avocats » et qu'il « en est justifié dans les délais impartis par le juge », impose de respecter une procédure écrite contradictoire. Enfin, les dispositions contestées se bornent à offrir une faculté au juge, à qui il appartient, en fonction des circonstances propres à chaque espèce, de s'assurer qu'une audience n'est pas nécessaire pour garantir le caractère équitable de la procédure et les droits de la défense* » (déc. n° 2020-866 QPC, § 18).

(26) : Sauf les réserves précédemment évoquées, adoptées sur le fondement du respect de la vie privée, résultant de la décision n° 2020-800 DC et pour partie reprises dans la décision n° 2020-808 DC (cf. *supra*, n° 4). Voir, pour un point de vue très critique sur la jurisprudence constitutionnelle, J.-P. Chazal, « L'État de droit : la fin d'une illusion ? », *D.*, 2020, p. 2281.

(27) : Bien longue expérimentation, du 1^{er} janvier 2020 au 31 décembre 2025...

(28) : D. n° 2019-1593 du 31 décembre 2019 relatif à la procédure de rupture conventionnelle dans la fonction publique, art. 3, al. 2. C'est contre ce décret qu'avait été formé un recours en excès de pouvoir devant le juge administratif, à l'origine de la présente QPC (CE, 15 juillet 2020, n^{os} 439031 et 439216).

(29) : Plus précisément, il était reproché à ces dispositions d'« *instaur[er] deux différences de traitement injustifiées : l'une entre les syndicats représentatifs et les syndicats non représentatifs ; l'autre entre les fonctionnaires, selon qu'ils sont ou non adhérents d'un syndicat représentatif* ». Étaient par ailleurs invoquées une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi et une atteinte, « en vrac », à la liberté syndicale, à la liberté personnelle, à la garantie des droits, à la liberté contractuelle, à la liberté d'entreprendre des syndicats et à des principes, que les requérants « *invit[aient] le Conseil constitutionnel à reconnaître, de pluralisme syndical et de libre concurrence entre syndicats* » (§ 2). Prononçant la censure des dispositions renvoyées sur le fondement du principe d'égalité, le Conseil n'a examiné aucun de ces griefs.

(30) : « *Aucun motif ne justifie de reporter la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de la publication de la présente décision. Elle est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date* » (§ 10).

(31) : Voir, par exemple, en matière d'élection des représentants syndicaux, Cons. const., déc. n° 2010-42 QPC du 7 octobre 2010, *CGT-FO et autres*, spéc. cons. 7 ; déc. n° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010, *Syndicat des médecins d'Aix et région*, spéc. § 8.

(32) : Les dispositions ne s'appliquaient qu'aux « *entretiens formels* » entre le fonctionnaire et son administration ; elles étaient le reflet des discussions menées en amont de la loi du 6 août 2019 avec les syndicats ; elles étaient en lien avec le rôle exercé par les syndicats représentatifs en matière de gestion prévisionnelle des emplois.

(33) : La dimension historique de cette affaire est très bien retracée dans le commentaire du service juridique du Conseil (site Internet du Conseil, p. 1 et s.).

(34) : Voir CA Versailles, 10 mars 2011, n° 09/04172 et Cass. soc., 9 octobre 2012, n° 11-17.829.

(35) : L. n° 2014-1654, art. 100 (réd. L. n° 2016-1918, 29 déc. 2016).

(36) : Lesquels avaient été exclus, à l'époque, des dispositifs de bourse d'études des mines en raison du licenciement de leur parent. Voir commentaire du service juridique, déc. n° 2020-856 QPC, site Internet du Conseil, p. 5 (référence aux travaux préparatoires de la loi de 2014).

(37) : Demande formée auprès de l'Agence nationale pour la garantie des droits des mineurs (ANGDM), créée par une loi du 3 février 2004.

(38) : L. n° 2004-1484 du 30 décembre 2004 de finances pour 2005, art. 107.

(39) : Voir commentaire préc. du service juridique, p. 4 et note 13.

(40) : Pour des solutions similaires dans la jurisprudence du Conseil, spécialement en matière de rentes, pensions et allocations, voir commentaire préc. du service juridique, p. 12 et s. L'exemple le plus connu, très symbolique, est celui résultant de la décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*, au sujet de la différence de traitement fondée sur la *nationalité* entre les titulaires de pensions militaires d'invalidité et des retraites du combattant (cristallisation des pensions).

(41) : Voir commentaire préc. du service juridique, p. 10.

(42) : En matière pénale, le Conseil n'a-t-il pas récemment condamné la dispense de prestation de serment des époux, au motif que cette même faveur n'est pas reconnue aux couples de concubins et de partenaires (v. Cons. const., déc. n° 2019-828/829 QPC du 28 février 2020, *M. Raphaël S. et autre*, au sujet de l'article 335, 5°, du Code de procédure pénale) ? L'égalité des filiations s'impose avec beaucoup plus de force que celle des couples.

(43) : Au sujet de l'action en retranchement d'avantages matrimoniaux. Voir Cass. 1^{re} civ., 29 janvier 2002, n^{os} 99-21.134 et 99-21.135.

(44) : Un des arguments soulevés par le Premier ministre, dans cette affaire, consistait d'ailleurs à faire valoir « *que, dans la mesure où les dispositions contestées appliqueraient les dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 11 décembre 2007 [2007/66/CE], il n'y aurait pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France [V. la fameuse décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004], de se prononcer sur leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit* » (§ 14). Relevant toutefois que la directive de 2007 confère « *une marge d'appréciation pour adopter des dispositions complémentaires* » (§ 16), le Conseil a rejeté ces arguments, conformément à une récente évolution de sa jurisprudence, ici confirmée. Voir en effet, au sujet du respect du secret des affaires, Cons. const., déc. n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, § 14.

(45) : Possibilité d'exercer un référé précontractuel permettant d'invoquer tout manquement susceptible de léser le candidat (§ 22) et possibilité pour un candidat irrégulièrement évincé d'exercer une action en responsabilité de droit commun contre la personne responsable d'un manquement (§ 23).

(46) : Cons. const., déc. n° 93-335 DC du 21 janvier 1994, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, cons. 4.

(47) : Cons. const., déc. n° 2019-794 QPC du 28 juin 2019, *Union syndicale des magistrats administratifs et autre*, § 7.

(48) : Cons. const., déc. n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, *Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social*, § 33.

(49) : Cons. const., déc. n° 2012-288 QPC du 17 janvier 2013, *Consorts M.*, cons. 6.

(50) : Commentaire de la décision n° 2020-857 QPC, site Internet du Conseil, p. 13-14.

(51) : Cons. const., déc. n° 2015-500 QPC du 27 novembre 2015, *Société Foot Locker France SAS*. Voir cette chronique in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016, n° 51, p. 142. Rapp., pour certaines décisions administratives de refus de rapprochement familial, Cons. const., déc. n° 2018-763 QPC du 8 février 2019, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, § 6.

(52) : Voir, sur ce point, commentaire préc. du service juridique, p. 9-10.

(53) : Cass. com., 8 juillet 2020, n° 19-24.270.

(54) : Peut-être les requérants auraient-ils pu invoquer aussi le principe de « confiance légitime », récemment dégagé par le Conseil constitutionnel et qui a déjà pu être sollicité (sans succès) à propos de l'application d'une loi nouvelle à des contrats en cours. Voir Cons. const., déc. n° 2017-758 DC du 28 décembre 2017, *Loi de finances pour 2018*, § 124.

(55) : Cass. civ., 6 mars 1876 : H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 165 p. 172. Comp. désormais art. 1195 du Code civil.

(56) : G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 84, p. 151 : « *Le contrat, en opérant des mutations dans le patrimoine ou en prévoyant des livraisons de marchandises et des prestations de service, assure à un créancier une situation future et le garantit contre les circonstances qui s'opposeraient à sa satisfaction. Contracter c'est prévoir. Le contrat est une emprise sur l'avenir. Tout contrat contient une idée d'assurance* ».

(57) : « Le régime de la violation des contrats », *D. H.*, 1934, chron. p. 1 et s., spéc. p. 4.

(58) : Effet d'aubaine que le commentaire du service juridique du Conseil permet d'étayer, par référence aux travaux préparatoires de la loi qui évoquaient « *un véritable phénomène de bulle spéculative* » (commentaire de la décision n° 813 DC, site Internet du Conseil, p. 12 et s.).

(59) : Au sujet du droit de résiliation annuel des contrats d'assurance-emprunteur en cours : Cons. const., déc. n° 2017-685 QPC du 12 janvier 2018, *Fédération bancaire française*, spéc. § 17 : « *Le législateur a entendu renforcer la protection des consommateurs en assurant un meilleur équilibre contractuel entre l'assuré emprunteur et les établissements bancaires et leurs partenaires assureurs* ». Voir cette chronique in *Titre VII. Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, septembre 2018.

(60) : Selon cet article, « *la commune ou l'établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de plan local d'urbanisme peut saisir le tribunal de grande instance en vue de faire ordonner la démolition ou la mise en conformité d'un ouvrage édifié ou installé sans l'autorisation exigée par le présent livre, en méconnaissance de cette autorisation ou, pour les aménagements, installations et travaux dispensés de toute formalité au titre du présent code, en violation de l'article L. 421-8. L'action civile se prescrit en pareil cas par dix ans à compter de l'achèvement des travaux* » (réd. L. n° 2010-788, 12 juill. 2010).

(61) : Le juge judiciaire contrôle ainsi, en principe, la proportionnalité de la mesure de démolition sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect de la vie privée et au domicile). Voir Cass. 3^e civ., 17 décembre 2015, n° 14-22.095.

(62) : Commentaire de la décision n° 2020-853 QPC, site Internet du Conseil, p. 8.

(63) : Commentaire préc., p. 8. Voir, au sujet de la condamnation en justice à restituer des sommes indûment perçues ou à verser des dommages-intérêts à la suite de pratiques illicites, Cons. const., déc. n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, *Société Système U Centrale Nationale et autre*, spéc. cons. 12 : « *Doit être rejeté comme inopérant le grief tiré de l'atteinte au droit de propriété de la personne condamnée* ».

(64) : Commentaire préc., p. 17-18.

(65) : Voir par exemple, au sujet de l'attribution forcée d'un bien à titre de prestation compensatoire, Cons. const., déc. n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011 *M. Jean-Jacques C.*, spéc. cons. 5. Voir aussi déc. n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, *M. Pierre B.* (mur mitoyen), spéc. cons. 5.

(66) : Commentaire préc., p. 13.

(67) : Cons. const., déc. n° 2011-151 QPC, préc., note 65.

(68) : Pour une censure fondée sur l'article 2 de la Déclaration de 1789 en l'absence de motif d'intérêt général, voir Cons. const., déc. n° 2019-805 QPC du 27 septembre 2019, *Union de défense active des forains et autres* (obligation d'accueil des gens du voyage et interdiction du stationnement des résidences mobiles).

(69) : « *Cette action en démolition ne peut être introduite que par les autorités compétentes en matière de plan local d'urbanisme et dans un délai de dix ans qui commence à courir dès l'achèvement des travaux. Par ailleurs, la démolition ne peut être prononcée que par le juge judiciaire et à l'encontre d'un ouvrage édifié ou installé sans permis de construire ou d'aménager, ou sans déclaration préalable, en méconnaissance de ce permis ou en violation des règles de fond dont le respect s'impose sur le fondement de l'article L. 421-8 du code de l'urbanisme* » (§ 9).

(70) : De son côté, le service juridique du Conseil (commentaire préc., p. 16-17) établit un parallèle avec la décision n° 2014-394 QPC du 7 mai 2014 (*Société Casuca*) relative aux plantations en limite de propriétés privées (art. 671 et 672 du Code civil) : le voisin propriétaire dispose d'une *option* entre l'arrachage et la réduction de ses plantations.

Citer cet article

Thomas PIAZZON. « Chronique de droit privé (juillet 2020 à décembre 2020) », Titre VII [en ligne], n° 6, *Le droit des étrangers*, avril 2021. URL complète : <https://webview.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-prive-juillet-2020-a-decembre-2020>