

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

CHRONIQUE DE DROIT PUBLIC

N° 10 - avril 2023

Chronique de droit public (juillet à décembre 2022)

Écrit par

Pierre-Yves GAHDOUN



Professeur à l'Université de Montpellier CERCOP

Nouvelle controverse autour de l'article 49 alinéa 3

Décision n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022 - Loi de financement de la sécurité sociale pour 2023

Le troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution a longtemps nourri de vives controverses dans la littérature juridique en ce qu'il offre au Gouvernement un pouvoir considérable pour faire passer en force ses projets de loi. Symbole de la rationalisation excessive de 1958, cette disposition s'est régulièrement attiré les foudres des observateurs les plus divers, jugeant son utilisation assez peu compatible avec une saine démocratie parlementaire.

C'est en partie pour répondre à ces critiques, et pour tenter de restaurer les prérogatives des chambres législatives, que le pouvoir constituant s'est saisi de cette disposition lors de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008. À cette occasion, le troisième alinéa de l'article 49 a été triplement modifié : le constituant a d'abord prévu que le Gouvernement ne pouvait engager sa responsabilité *qu'une seule fois* par an, afin de limiter les utilisations trop courantes du mécanisme par le pouvoir exécutif ; il a ensuite posé une exception à cette règle, en permettant l'utilisation sans limites de l'article 49 *lors de l'adoption des textes financiers* ; enfin, dans ce dernier cas, il ne s'agit plus d'engager la responsabilité du Gouvernement sur un texte, comme le prévoyait l'ancienne version de l'article 49, mais désormais sur un « projet ».

C'est sur ce dernier point qu'est apparu un problème inédit lors de l'adoption de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2023. Dans la décision du 20 décembre 2022 ⁽¹⁾, se posait en effet la question de savoir si l'engagement de responsabilité du Gouvernement pouvait se faire plusieurs fois sur un même « projet », ou si au contraire il ne pouvait l'être qu'une seule fois à l'issue de la procédure parlementaire. On rappellera à ce sujet que le troisième alinéa de l'article 49 débute de la façon suivante : « *Le Premier ministre peut, après délibération du Conseil des ministres, engager la responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un projet de loi de finances ou de financement de la sécurité sociale* ».

La question posée au Conseil dans cette affaire n'était pas seulement théorique puisque, à l'occasion de l'examen de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2023 au Parlement, la Première ministre avait engagé la responsabilité de son Gouvernement... à cinq reprises ! Voyant là une belle occasion de faire annuler l'ensemble de la loi pour non-respect de la procédure législative, les parlementaires de l'opposition ont logiquement saisi le Conseil pour lui demander de sanctionner cette utilisation (selon eux) abusive de l'article 49 de la Constitution dans sa nouvelle rédaction.

Deux possibilités d'interprétation s'offraient alors au Conseil constitutionnel.

Il pouvait d'abord interpréter le mot « projet » comme désignant le texte final issu de la procédure législative avant le vote définitif. En retenant cette

lecture, il devient alors impossible pour le Gouvernement d'engager sa responsabilité *pendant* la procédure législative, puisqu'il ne s'agit pas encore, à ce moment, d'un « projet » de loi au sens qu'on vient d'en donner. L'exécutif doit ainsi attendre que les discussions soient achevées pour mettre en jeu sa responsabilité sur un ensemble d'articles qui forment alors un « projet » complet et finalisé. Les auteurs de la saisine insistaient dans leur requête sur le fait que cette lecture correspond en tout point à l'esprit général de la réforme de 2008, puisque la volonté du constituant était à l'époque de réduire les cas d'utilisation de l'article 49 alinéa 3.

Mais le Conseil pouvait également interpréter l'article 49 en « liaison » avec la législation organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale. Cette législation impose en effet au Gouvernement et au Parlement de respecter une procédure bien particulière qui implique une certaine lecture de l'article 49 de la Constitution. Cette procédure interdit en effet au Parlement d'adopter le projet de loi d'un seul bloc, comme il le ferait pour une loi ordinaire. Il doit en effet adopter la loi de façon « fractionnée » en votant le texte par étapes, c'est-à-dire d'abord les recettes et ensuite les dépenses. À chaque fois, cela impose un vote particulier des parlementaires sur la partie de la loi qui leur est soumise. D'où la nécessité pour le Gouvernement d'Élisabeth Borne d'utiliser l'article 49 alinéa 3 à plusieurs reprises lors des débats sur la loi de financement de la sécurité sociale pour 2023, et non pas une seule fois au moment du vote final de la loi.

On voit donc bien que, dans le premier cas, l'interprétation du terme « projet » limite fortement l'utilisation de l'article 49, alors que dans le second cas, l'interprétation du terme « projet » offre au Gouvernement une totale liberté d'action.

Que répond le Conseil en l'espèce ?

Même s'il ne le dit pas expressément, le Conseil retient la seconde interprétation en estimant que la nouvelle rédaction de l'article 49 alinéa 3 « *n'a pas modifié les conditions dans lesquelles la responsabilité du Gouvernement peut être engagée sur le vote d'une loi de finances ou d'une loi de financement de la sécurité sociale* ». Cela signifie, en langage clair, que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a pas restreint la possibilité pour le Gouvernement d'utiliser librement l'article 49 alinéa 3 lors de la discussion des lois de financement de la sécurité sociale, et alors même que la nouvelle rédaction de l'article 49 utilise le mot « projet » en remplacement de l'ancien mot « texte ». Appliquant ensuite cette solution au cas d'espèce, le Conseil en déduit logiquement que la Première ministre pouvait engager sa responsabilité à cinq reprises, comme elle l'a fait en l'espèce, sans méconnaître aucun principe constitutionnel.

Cette décision pourra évidemment surprendre ceux qui voyaient dans la réécriture de l'article 49 en 2008 une volonté assez claire du constituant de rehausser les prérogatives du Parlement. Or en admettant que la nouvelle rédaction ne change rien aux pouvoirs du Gouvernement lors de l'adoption des textes financiers, le Conseil valide une interprétation assez peu conforme à l'esprit de la révision de 2008.

Pour autant, on ne condamnera pas trop vite le Conseil, car s'il avait admis une telle lecture de l'article 49 alinéa 3, en jugeant que le Gouvernement ne peut engager sa responsabilité qu'une seule fois en bout de chaîne, cela aurait interdit purement et simplement l'application de l'article 49 aux lois de financement de la sécurité sociale dans la mesure où cette catégorie de loi se caractérise, comme on l'a vu, par une procédure d'adoption spécifique. Le Conseil a donc choisi en l'espèce une certaine sécurité juridique en préférant la lecture de l'article 49 qui ne bouleverse pas trop l'adoption des lois financières.

Pas de RIP sur les « superprofits »

Décision n° 2022-3 RIP du 25 octobre 2022 - Proposition de loi portant création d'une contribution additionnelle sur les bénéfices exceptionnels des grandes entreprises

La récente crise sanitaire n'a pas seulement fragilisé le service public de la santé, elle a aussi fragilisé une bonne partie des entreprises françaises en dépit des aides publiques. Si tous les secteurs ont été plus ou moins affectés par des difficultés économiques, certaines (grosses) entreprises ont toutefois réalisé pendant cette période des résultats étonnamment bons, parfois même très largement supérieurs à ceux obtenus avant l'hiver 2020. C'est le cas notamment de nombreuses entreprises issues des secteurs pharmaceutique et pétrolier - on songe par exemple à Total.

Estimant que cette situation n'était pas acceptable au regard des lourds efforts consentis par les Français pendant les deux années de crise sanitaire, des députés de l'opposition ont souhaité instaurer une taxe sur les « superprofits » afin de corriger, selon eux, cette injustice évidente. Deux options s'offraient à eux pour mener à bien leur projet : la première consistait à inscrire à l'ordre du jour « réservé » une proposition de loi permettant de créer une taxe spécifique ; la seconde visait à lancer la procédure du référendum d'initiative partagée (RIP) en espérant un soutien massif des électeurs. C'est finalement cette seconde alternative qui a été préférée.

Mais encore fallait-il que la proposition de loi entre bien dans le champ d'application de l'article 11 de la Constitution. On rappellera en effet qu'un référendum - qu'il soit d'initiative partagée ou non - porte nécessairement sur l'un des objets suivants : organisation des pouvoirs publics, réformes

relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou ratification d'un traité qui aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. Pendant longtemps, les juristes n'ont guère débattu de ce champ d'application pour la simple et bonne raison qu'il n'existait aucun moyen de sanctionner le non-respect des dispositions de l'article 11 de la Constitution.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a toutefois modifié la situation, car désormais la procédure du RIP impose l'intervention du Conseil entre le vote des parlementaires et la phase de soutien des électeurs. Il existe donc aujourd'hui un périmètre du référendum qui n'est plus seulement indicatif mais qui constitue une véritable contrainte pour ceux qui mettent en œuvre la procédure.

Les parlementaires à l'origine de la proposition estimaient sur ce point qu'une taxation des superprofits entraînait sans difficulté dans la catégorie des « réformes relatives à la politique économique (...) de la nation ». Mais le Gouvernement considérait au contraire qu'une telle proposition était exclue du champ d'application du référendum. Se posait donc au Conseil la question de savoir si une réforme fiscale pouvait faire l'objet d'un référendum, peu importe d'ailleurs que ce référendum soit ou non d'initiative partagée.

Dans sa décision du 25 octobre 2022, le Conseil répond à ce problème en jugeant que la nouvelle taxe envisagée « a pour seul effet d'abonder le budget de l'État par l'instauration jusqu'au 31 décembre 2025 d'une mesure qui se borne à augmenter le niveau de l'imposition existante des bénéfices de certaines sociétés. Elle ne porte donc pas, au sens de l'article 11 de la Constitution, sur une réforme relative à la politique économique de la nation ». Il est donc impossible, aux yeux du Conseil, d'organiser un référendum dont l'objet serait de taxer les superprofits des entreprises, ce qui concrètement met un terme à la procédure du RIP avant même la phase de soutien des électeurs.

Quels enseignements peut-on tirer de cet échec sur le terrain du droit constitutionnel ?

On observera pour commencer que le juge se garde bien de répondre à la question précise de savoir si une réforme fiscale peut faire l'objet d'un référendum. La seule question à laquelle répond le Conseil est en effet celle de savoir si la proposition qui vise à taxer les superprofits entre ou non dans le champ d'application de l'article 11. Rien n'empêche donc les parlementaires d'organiser à l'avenir un RIP qui porterait sur une réforme fiscale, à la condition toutefois de respecter certaines conditions que nous allons évoquer plus bas.

Un enseignement plus concret de cette décision concerne l'interprétation des termes « réforme économique ». On ne s'était en effet jamais interrogé jusqu'à maintenant sur la signification de cette expression apparemment simple, puisque les précédents référendums revendiquaient tous un objet différent de celui-là, par exemple celui des « services publics » lors de la privatisation de la société Aéroports de Paris. Une croyance assez répandue à ce sujet - et au demeurant parfaitement légitime - consiste à voir dans toute réforme fiscale un sujet « économique », c'est-à-dire un sujet qui met en jeu une somme d'argent. Mais derrière son apparente simplicité, le terme « économie » cache en réalité d'innombrables significations selon l'angle de vue, selon les époques et même selon les observateurs. La mission du Conseil de définir ce qu'est une « réforme économique » était donc particulièrement délicate.

Cela explique peut-être que le juge constitutionnel préfère en l'espèce esquiver la difficulté en interprétant non pas le mot « économie », qui attirait pourtant tous les regards, mais le mot... « réforme » ! Le Conseil juge en effet dans cette affaire qu'une proposition d'instaurer une taxe sur les superprofits ne peut faire l'objet d'un référendum parce qu'elle ne correspond pas à une « réforme » au sens qu'en donne l'article 11 de la Constitution, et non pas parce que la fiscalité n'entrerait pas dans le domaine économique. Précisons toutefois avant d'expliquer ce point que l'argumentation du Conseil n'apparaît pas en ces termes dans le cœur de la décision. Comme (trop) souvent, il faut en effet quitter la décision elle-même et se plonger dans les commentaires pour comprendre les rouages de l'argumentation du juge. On apprend donc en lisant les commentaires que « cette proposition de loi ne constituait pas une « réforme » au sens de l'article 11 de la Constitution, c'est-à-dire une modification suffisamment importante de la structure de la fiscalité ». On comprend mieux en lisant ceci que le rejet de la proposition de taxer les superprofits s'explique par le souhait du Conseil d'interpréter la notion de « réforme » comme un acte suffisamment important pour susciter l'intérêt du peuple. Il y aurait donc une sorte de sous-entendu dans l'article 11 selon lequel il serait impossible d'organiser un référendum sur un sujet trop futile, trop ordinaire, comme une réforme fiscale de faible envergure qui ne modifierait pas « la structure de la fiscalité ».

On voit malheureusement très vite les limites d'une telle solution : dire que toute réforme ne peut faire l'objet d'un référendum et qu'il revient au Conseil de décider de l'importance de la mesure envisagée, revient à offrir au juge un formidable pouvoir d'interprétation qui peut empêcher le peuple de se prononcer par référendum, comme en l'espèce. Plus généralement, cette décision nous paraît naviguer à contre-courant de la philosophie classique du Conseil selon laquelle, comme il le dit souvent, le juge ne détient pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement. Or qui mieux que les parlementaires eux-mêmes peut décider de l'importance d'une réforme pour la société française ? C'est donc un chemin un peu étonnant qu'emprunte le Conseil constitutionnel dans cette affaire.

Il faut maintenant espérer que cette décision ne découragera pas trop les parlementaires d'utiliser à nouveau le RIP, qui pour l'instant n'a jamais abouti après quinze ans d'existence.

Mauvais temps pour les syndicats représentatifs

Décision n° 2022-1007 QPC du 5 août 2022 - Syndicat national de l'enseignement action et démocratie [Assistance d'un fonctionnaire pour l'exercice d'un recours administratif]

Le 6^e alinéa du Préambule de 1946 consacre la liberté syndicale mais il ne distingue pas les syndicats selon qu'ils soient ou non représentatifs. C'est là une petite subtilité présente dans la législation qui visait au départ à faire le tri entre les syndicats « sérieux » et ceux qui ne le seraient pas. Si pendant longtemps le droit des relations collectives de travail s'est fondé sur cette idée de représentativité « sélective » des organisations syndicales, il semble assez clair aujourd'hui que la tendance actuelle est celle de l'ouverture à la diversité.

Cela explique sans doute que, depuis quelques années, la représentativité syndicale subit des attaques sur tous les fronts, à la fois du côté du législateur qui tente de rénover les critères permettant de mesurer l'audience des syndicats, et du côté de la jurisprudence qui traque toutes les situations dans lesquelles les avantages offerts aux grosses organisations syndicales ne seraient pas totalement justifiés.

La fonction publique n'échappe pas à ce constat. Dans un certain nombre de cas en effet, l'action des syndicats est conditionnée par leur représentativité auprès des agents. Précisons que cette « représentativité » (pour la fonction publique de l'État) se mesure par la présence d'au moins un siège attribué à l'organisation syndicale en cause « *au sein du comité social d'administration ministériel ou au sein de tout autre comité social d'administration dont relève l'agent* »⁽²⁾. C'est donc surtout le résultat aux élections professionnelles qui détermine le degré de représentativité des organisations syndicales (comme d'ailleurs dans le secteur privé).

Or il se trouve que, depuis quelques années, le Conseil constitutionnel se montre assez réticent à l'idée de réserver aux seules organisations représentatives des prérogatives que n'auraient pas les autres syndicats. La présente affaire en est un bon exemple.

Un syndicat non représentatif (le « syndicat national de l'enseignement action et démocratie ») avait attaqué les dispositions applicables aux fonctionnaires prévoyant que seules les organisations syndicales représentatives pouvaient assister les agents de l'État dans l'exercice des recours administratifs contre les décisions individuelles défavorables. Par prudence sans doute, l'organisation syndicale à l'origine de la QPC n'avait pas seulement invoqué la méconnaissance de la liberté syndicale (les censures sont rares sur ce fondement). Elle avait surtout critiqué le dispositif en ce qu'il instaurait, selon elle, une rupture d'égalité injustifiée entre les syndicats représentatifs et les autres.

Ce n'était pas la première fois que le Conseil était invité à sanctionner une disposition instaurant un « avantage » au profit de certains syndicats. Il avait par exemple estimé en 2017⁽³⁾ qu'était contraire au principe d'égalité la disposition prévoyant que seuls les syndicats signataires d'un accord collectif pouvaient participer à l'organisation d'un référendum d'entreprise. Bien souvent dans ce cas, la question n'est pas celle de savoir s'il existe une rupture d'égalité entre les syndicats - personne ne conteste ce point - mais celle de savoir si cette rupture d'égalité se justifie au regard de l'objet de la loi, autrement dit si elle est cohérente avec les buts que s'assigne le législateur en votant la disposition. Si par exemple le législateur accorde aux seules organisations représentatives le pouvoir de conclure des conventions collectives parce qu'il souhaite éviter une dispersion des partenaires sociaux, l'avantage paraît bien ici cohérent par rapport aux objectifs initiaux⁽⁴⁾.

Mais pour le cas d'espèce, quelle pouvait être la cohérence d'offrir un avantage aux organisations représentatives dans une procédure visant à protéger les droits des agents ? Il n'en existait à vrai dire aucune. Cela explique que le Conseil juge, dans sa décision du 5 août 2022, que la disposition contestée méconnaît le principe d'égalité car « *le caractère représentatif ou non d'une organisation syndicale ne détermine pas la capacité du représentant qu'elle a désigné à assurer l'assistance de l'agent dans ce cadre* ».

Si cette décision se comprend bien d'un point de vue strictement juridique, il n'en reste pas moins vrai qu'elle fragilise encore davantage l'idée même d'une représentativité syndicale⁽⁵⁾.

(1) : Cons. const., déc. n° 2022-845 DC 20 décembre 2022.

(2) : Art. 30 du décret n° 2019-1265 du 29 novembre 2019.

(3) : Cons. const., déc. n° 2017-664 QPC du 20 octobre 2017.

(4) : V. Cons. const., déc. n° 2010-68 QPC du 19 novembre 2010.

(5) : V. sur cette question not. B. Giraud, K. Yon, S. Bérout, *Sociologie politique du syndicalisme. Introduction à l'analyse sociologique des syndicats*, Armand Colin, 2018, p. 77 et s.

Citer cet article

Pierre-Yves GAHDOUN. « Chronique de droit public (juillet à décembre 2022) », Titre VII [en ligne], n° 10, *Le secret*, avril 2023. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-public-juillet-a-decembre-2022>