

L'ouverture du contentieux constitutionnel à de nouvelles matières

Pierre-Yves GAHDOUN - Professeur à l'Université de Montpellier CERCOP

NOUVEAUX CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N°58 (DOSSIER : LE CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL) - JANVIER 2018

Des nouvelles matières ! Des nouvelles matières ? En soixante années d'existence et plusieurs milliers de considérants rendus avant l'arrivée de la QPC, il est bien peu probable qu'une « matière » ait échappé à la vigilance des requérants et au contrôle toujours plus fin du Conseil constitutionnel. Sans grande surprise d'ailleurs : dans le cadre du contrôle *a priori*, le Conseil intervient continuellement dans les innombrables matières qui ponctuent chaque année les débats parlementaires et noircissent les pages du *Journal officiel* : des privatisations aux relations de travail, de l'IVG au PACS, du droit d'asile au droit pénal.

Mais alors quoi de nouveau sous les ponts ? Certes le Conseil continue d'examiner en QPC les matières qui avaient fait jusque-là les belles heures du contentieux DC. Les chiffres manquent en ce domaine ⁽¹⁾, mais il paraît évident que si la QPC a pu livrer çà et là de grandes décisions – l'affaire des gardes à vue par exemple –, elle n'a point dessiné dans ces matières historiques de nouveaux sillages et de nouvelles perspectives.

En revanche, il existe certains domaines que la QPC a nettement bouleversés autant par les questions nouvelles adressées au Conseil que par les profondes mutations intervenues dans la manière de juger et de répondre aux demandes formulées par les parties. Pour faire simple et à grands traits, il semble que deux matières aient subi plus que d'autres, avec l'arrivée de la QPC, un changement de cap important : *l'économie* et *l'environnement*. Ici rien d'absolument nouveau, mais un vent suffisamment frais pour que l'on tente de déceler dans ces lignes la part de nouveauté et les possibilités d'évolution futures (I).

À côté de ces domaines partiellement nouveaux, sont apparues depuis 2010 deux matières totalement inédites : *le droit de la modulation des décisions d'abrogation*, avec toutes les nuances et les subtilités introduites par le Conseil pour tenter d'accorder au mieux l'abrogation d'une disposition et la survie des situations en cours ; et l'écriture nécessaire (mais pas solitaire) d'un *droit de la procédure* QPC qui n'existait pas avant 2010 et qui constitue aujourd'hui une matière à part entière (II).

I – Les matières partiellement nouvelles

Dans deux matières au moins, la QPC a produit d'importantes mutations, à la fois quantitatives et qualitatives : l'économie (au sens large) et le domaine de l'environnement.

A - I want my money back !

Il est peu de dire que, avant l'arrivée de la QPC, le domaine économique tenait une place bien modeste dans le contentieux constitutionnel. Pour preuve : la première inconstitutionnalité fondée sur la liberté d'entreprendre est prononcée dans la décision du 7 décembre 2000 ⁽²⁾ – presque vingt ans après la consécration du principe – et il faut attendre... 2013 ⁽³⁾ pour que la liberté contractuelle soit enfin mobilisée pour sanctionner une disposition législative. Cela se comprend (en partie) par le fait que la matière économique, dans son costume le plus technique, assemblage obscur de taux et de pourcentages, n'alimente guère les controverses au Parlement. En tout cas bien moins que ce « Droit en majuscule » ⁽⁴⁾ – les grandes lois sociétales – pour lequel le Conseil est saisi presque automatiquement par les députés et les sénateurs de l'opposition.

Mais la QPC a peut-être changé la donne. Au doigt mouillé, il semble bien en effet que la matière économique jalonne de plus en plus souvent les décisions du Conseil et nourrit aujourd'hui un nombre important de QPC : dans le domaine bancaire ⁽⁵⁾, dans le secteur de la grande distribution ⁽⁶⁾, du droit commercial ⁽⁷⁾, de la fiscalité des sociétés ⁽⁸⁾, des procédures collectives ⁽⁹⁾... Cela dit, ici comme ailleurs, il n'est pas d'analyse sérieuse qui puisse se priver de quelques données chiffrées, au moins pour tordre le cou aux jugements hâtifs et offrir au contentieux constitutionnel économique sa juste place – ni trop ni trop peu.

Voici donc les faits : au 1^{er} juin 2017, le Conseil avait rendu 125 décisions QPC dans lesquelles ont été invoqués les principes constitutionnels

relatifs à la matière économique et sociale⁽¹⁰⁾, ce qui représente un chiffre assez modeste de 22,5 % des 556 décisions QPC. Dans ces 125 décisions, seules trois décisions – deux pour le droit de propriété et une pour la liberté d'entreprendre – ont été l'occasion pour le Conseil de relever d'office un grief d'inconstitutionnalité.

Pire : le taux de censure est nettement inférieur en matière économique puisqu'il ne représente que 9,9 % des cas, contre 29,9 % sur l'ensemble des décisions QPC. De la même manière, le prononcé de réserve d'interprétation reste exceptionnel : seules quatre décisions de conformité sous réserve (dont trois portent sur le droit de propriété) ont été rendues, ce qui représente à peine 2,2 % des affaires – contre 13,5 % en QPC de façon générale.

Une autre donnée est intéressante : dans 13,6 % des cas, le Conseil utilise, en matière économique, la technique de « l'économie de moyens ». Dans cette hypothèse, le juge constitutionnel ne prend même pas le soin d'examiner la conformité de la disposition législative au regard des principes économiques invoqués par les parties ; il en prononce l'inconstitutionnalité sur un autre fondement. Autrement dit, dès lors qu'il dispose d'une alternative, le Conseil semble préférer les principes « classiques » aux principes économiques – dans la plupart des cas, ce sont les exigences attachées à la garantie des droits (article 16 de la Déclaration) et le principe d'égalité devant la loi (article 6 de la Déclaration) qui servent ici de « palliatif ».

À vrai dire, un seul principe relatif à la matière économique sort quantitativement et objectivement renforcé de ces premières années de QPC : le principe de la liberté d'entreprendre qui a permis à lui seul le prononcé de neuf déclarations d'inconstitutionnalités en QPC depuis 2010⁽¹¹⁾ (sur un total de vingt-quatre censures en matière économique et sociale). Il faut toutefois relativiser ce constat puisque le taux de censure n'est que de 15,5 % pour la liberté d'entreprendre, ce chiffre étant deux fois plus faible que le pourcentage de décisions d'inconstitutionnalité rendues en QPC (qui atteint 29,9 %). Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a écarté ce grief au profit d'une censure sur le fondement du droit de propriété dans plusieurs décisions, ce qui démontre la relative fragilité de la liberté d'entreprendre en comparaison du droit de propriété.

Finalement, au regard de ces chiffres un peu sombres, le renouveau (supposé) du contentieux économique en QPC ne serait-il qu'un beau mirage ?

Certainement pas. L'analyse purement quantitative dévoile un panorama en trompe-l'oeil qui nécessite d'être corrigé par un examen plus « qualitatif » des différents principes économiques mobilisés en QPC. Ainsi :

Par la *liberté contractuelle*, les requérants ont soumis depuis 2010 au Conseil constitutionnel des questions plus précises, plus techniques, plus « juridiques » oserait-on dire, en contraignant par exemple le juge à esquisser une définition constitutionnelle des contrats⁽¹²⁾, en l'invitant à contrôler les mécanismes d'action en nullité exercée par l'État dans certains domaines contractuels⁽¹³⁾, en le poussant à consacrer l'existence d'un droit à l'information en cas de rupture des conventions⁽¹⁴⁾, en lui offrant l'occasion de statuer sur le principe de « libre sortie » des contrats⁽¹⁵⁾. Avant la QPC, le contentieux constitutionnel des contrats était surtout un contentieux de l'élaboration (parfois chaotique) d'une liberté contractuelle à deux visages, une « pérennité contractuelle » interdisant au Parlement d'appliquer immédiatement les nouvelles lois aux conventions en cours, et une « impulsion contractuelle » permettant de sanctionner les nombreuses entraves législatives dans le domaine des contrats. Depuis la QPC, il n'est plus guère de tribune pour brandir le vieux drapeau d'un libéralisme excessif dont le Conseil serait le partisan à travers la liberté contractuelle⁽¹⁶⁾ ; dorénavant, et c'est heureux, le contentieux constitutionnel des contrats s'épanouit et se développe en s'attaquant frontalement aux innombrables questions pratiques – et constitutionnelles – que dévoile la matière contractuelle.

Par la *liberté d'entreprendre*, le Conseil s'est risqué à définir avec une certaine audace ce qu'il fallait entendre par « entreprendre » : il s'agit non seulement de la création de l'entreprise, précise le Conseil dans sa décision du 30 novembre 2012⁽¹⁷⁾, mais aussi de l'exercice concret et quotidien de cette entreprise. Et sur cette base, il a censuré en QPC de nombreux mécanismes qui mettaient en péril l'un ou l'autre de ces aspects de la liberté d'entreprendre, par exemple la procédure d'attribution des noms de domaine en « .fr »⁽¹⁸⁾, l'obligation faite aux constructeurs d'utiliser du bois dans les matériaux de construction⁽¹⁹⁾, la nécessité pour les dirigeants d'une entreprise d'informer les salariés lorsque leur entreprise fait l'objet d'une cession de participation majoritaire⁽²⁰⁾, l'interdiction du « bisphénol A » dans les conditionnements destinés à entrer en contact avec les denrées alimentaires pour les nourrissons⁽²¹⁾, l'incompatibilité entre l'activité de conducteur de taxi et celle de conducteur de voiture de transport avec chauffeur⁽²²⁾ ...

Par l'application du *droit de propriété* en QPC, le Conseil a redéfini dans une large mesure la protection constitutionnelle de la propriété en réécrivant à trois reprises son considérant de principe en la matière : d'abord pour « synthétiser » la distinction entre privation et limitation du droit de propriété dans sa décision du 12 novembre 2010⁽²³⁾ ; ensuite pour préciser les rapports entre servitude et droit de propriété dans sa décision du 10 novembre 2011⁽²⁴⁾ ; enfin pour dire, dans la décision 13 janvier 2012⁽²⁵⁾, que le droit de propriété devait se lire « au sens de » la

Déclaration de 1789, c'est-à-dire de façon autonome par rapport aux lectures et aux interprétations faites de longue date par les juges judiciaires et administratifs. La QPC a également offert au Conseil constitutionnel l'opportunité de clarifier le champ d'application du droit de propriété en intégrant les portefeuilles de contrats d'assurance⁽²⁶⁾, désormais qualifiés de « biens » par le juge constitutionnel, et en excluant – contre l'avis d'une partie de la doctrine – les servitudes grevant les fonds voisins⁽²⁷⁾.

Et *d'une manière générale*, en QPC comme en DC, le Conseil n'exerce plus seulement en matière économique un contrôle de « l'erreur manifeste », de l'erreur grossière du Parlement. Jusque récemment encore, il était admis que les réformes touchant l'économie ne devaient pas faire l'objet d'un examen trop vigoureux du juge constitutionnel en raison du caractère foncièrement subjectif de ces réformes : faut-il nationaliser ou privatiser ? favoriser ou non la production nationale ? tel impôt plutôt que tel autre ? CDI ou CDD ? Aucun choix n'est jamais meilleur en soi. Pourtant, avec l'élan et le souffle de la QPC, le Conseil s'est aujourd'hui pleinement saisi de la matière économique et n'a plus guère de remords à employer en ce domaine toute l'étendue de son office. Dans la décision du 16 mars 2017⁽²⁸⁾, il juge par exemple que les nouvelles prérogatives offertes aux SAFER pour sauvegarder le foncier rural français sont contraires au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre : ces nouvelles prérogatives sont peut-être acceptables sur le plan des principes et des idées estime le Conseil, mais en pratique elles ne permettent pas de répondre à l'objectif initial que s'était assigné le Parlement. Dans cette décision comme dans beaucoup d'autres, le juge constitutionnel ne réduit pas – ou plus – sa mission à une analyse abstraite et lointaine de l'intérêt général, il étudie avec précision l'adéquation entre le but de la réforme économique envisagée et les moyens mis en oeuvre par le législateur pour y parvenir.

B - Grandeur nature

Sans doute la matière environnementale n'a-t-elle pas attendu l'arrivée de la QPC pour alimenter les saisines des parlementaires et parcourir la jurisprudence du Conseil. Sans doute aussi le droit de l'environnement a bien vécu et vivra encore de beaux jours sur de lointains rivages. Le propos n'est pas de rejouer ici la vieille chanson d'une « constitutionnalisation » du droit de l'environnement, mais plus modestement de tracer les contours d'une évolution que l'on estime sensible du contentieux constitutionnel environnemental depuis 2010.

Sur le plan comptable d'abord. Avant le 1^{er} mars 2010, le Conseil avait rendu quatre décisions DC intéressant la Charte de l'environnement (ses articles ou son préambule), et une seule de ces décisions a été le théâtre d'une censure⁽²⁹⁾. Après cette date, il a mobilisé la Charte dans vingt décisions QPC et il a prononcé une abrogation dans... un cas sur deux ! Ce qui représente un taux de censure très supérieur à la moyenne (que ce soit dans le contentieux QPC ou d'une manière générale).

Mais nuanceons tout de suite : parmi les dix décisions QPC prononçant une abrogation⁽³⁰⁾, toutes sans exception concernent l'article 7 – qui est donc le seul article de la Charte à pouvoir revendiquer à ce jour une réelle utilité contentieuse⁽³¹⁾. Comment expliquer cette mainmise de l'article 7 sur le droit constitutionnel environnemental ? Un élément est sans doute important : à la différence des autres dispositions de la Charte⁽³²⁾, l'article 7 met en jeu à la fois des questions de fond – le droit à l'information et à la participation en matière environnementale – et des questions de forme – l'obligation pour le Parlement⁽³³⁾ de prendre toutes les mesures « permettant la participation du public » –⁽³⁴⁾. Il y a donc dans cette disposition un mélange de fond et de forme, de droit substantiel et de « compétence »⁽³⁵⁾ qui facilite grandement le prononcé de censures : lorsque le juge contrôle une disposition sur le fondement de l'article 7, il ne s'engage jamais sur le terrain miné de l'appréciation des réformes législatives – le développement durable a-t-il été respecté ? le principe de précaution est-il bien assuré ? –, il se contente d'enregistrer la présence de dispositifs assurant la participation du public et prononce (ou non) l'inconstitutionnalité de la disposition déférée sur cette base très factuelle. Mais il n'empêche : cette situation d'omniprésence de l'article 7 de la Charte en QPC peut sembler paradoxale puisque le contentieux *a posteriori* est en principe exclusivement consacré aux « droits et libertés ». Cela reflète en réalité assez bien l'imbrication constante des questions de fond et de forme en matière de QPC ; imbrication qui oblige d'ailleurs les juges suprêmes à étirer au maximum la notion de « droits et libertés que la Constitution garantit » pour y faire entrer tout le bataillon des principes substantiels impliquant la compétence du Parlement.

L'arrivée de la QPC a aussi modifié, dans une large mesure, le raisonnement et les pratiques du Conseil lorsqu'est en jeu une question environnementale. Hier, quelques mots lui suffisaient pour écarter les demandes des requérants formulées sur la base de la Charte : dans la décision du 7 juillet 2005, le Conseil décide par exemple, sans autre explication, « qu'en raison de son objet, l'article 58 de la loi déférée ne méconnaît aucun des intérêts mentionnés à l'article 6 de la Charte de l'environnement »⁽³⁶⁾. Aujourd'hui, il n'hésite plus à multiplier les arguments, à examiner minutieusement les dispositions législatives et à offrir aux questions environnementales de subtils développements : sur le régime de l'élimination des déchets⁽³⁷⁾, sur le droit applicable aux travaux nécessaires à l'entretien des ouvrages de concession de transport ou de distribution d'électricité⁽³⁸⁾, sur les dispositions des projets de plan de prévention des risques naturels prévisibles⁽³⁹⁾, sur les obligations particulières permettant de préserver la continuité des cours d'eau à valeur écologique reconnue⁽⁴⁰⁾...

À la source de ce changement rédactionnel, peut-être – ici plus qu'ailleurs – l'apparition de la « société civile » dans le procès constitutionnel. Sur les vingt décisions QPC mobilisant la Charte, huit trouvent directement leur origine dans une action contentieuse des associations (*Association France Nature Environnement* en tête) et trois autres ont fait l'objet d'une intervention volontaire d'une ou plusieurs associations. Et si personne ne peut nier la bonne volonté des députés et des sénateurs « écolos », ni même la grande qualité des saisines parlementaires intéressant la matière environnementale, il est bien certain que les structures associatives, par leur expertise et leur connaissance du contentieux (administratif principalement), ont offert au droit constitutionnel de l'environnement un visage plus concret, plus technique, plus terre-à-terre. Et finalement (curieusement ?) moins passionné.

II – Les matières entièrement nouvelles

Deux matières entièrement nouvelles sont apparues depuis 2010 dans le contentieux constitutionnel : le droit de la modulation des décisions d'abrogation et le droit procédural de la QPC. Quelles sont les grandes lignes de ces nouvelles matières ?

A - Les temps modernes

Lorsqu'il contrôle la constitutionnalité des lois, le Conseil est confronté à la question de la temporalité des dispositions législatives à deux moments différents. Un premier moment – classique aujourd'hui – est celui de la naissance des lois. Il arrive assez souvent, en effet, que l'apparition d'une norme législative heurte et bouscule des situations acquises ou « en cours ». Jusqu'à une époque récente, il n'existait alors aucun moyen juridique pour contredire la toute-puissance temporelle du Parlement qui pouvait à loisir imposer ses nouvelles normes, y compris de façon rétroactive. Et le fameux article 2 du code civil n'y pouvait rien si la volonté du législateur de remettre en cause les situations existantes était suffisamment explicite. Le grand Roubier lui-même, qui n'aimait guère la rétroactivité, n'a jamais reconnu l'existence d'un quelconque principe « naturel » interdisant au Parlement d'appliquer ses lois quand bon lui semble⁽⁴¹⁾.

Le premier grain de sable est venu du droit européen avec la fameuse affaire *Zielinski* mettant directement en cause la jurisprudence trop permissive du juge constitutionnel français. À partir de ce moment, le Conseil s'est mis en quête de dispositions constitutionnelles lui permettant de contrôler plus fermement la temporalité des lois. Progressivement, à partir des années 1990, il a réduit la liberté du législateur dans de nombreux domaines : la fiscalité, les contrats, les « situations légalement acquises »... Au point qu'il est aujourd'hui bien difficile pour le législateur de faire rétroagir ses lois sans s'entourer de sérieux motifs d'intérêt général.

Le second moment est plus récent. Il est en quelque sorte le miroir du premier. Avant la QPC, le Conseil ne pouvait bouleverser la temporalité des lois en censurant telle ou telle disposition puisque, par définition, la « loi » n'existait pas encore. Avec la QPC, la situation est bien différente : en effaçant de l'ordonnement juridique une disposition déjà en vigueur, le Conseil bouscule et contredit toutes les situations passées et présentes qui ont pris naissance sous l'empire de la législation contestée. Conscient de ces risques, le constituant a offert au Conseil divers moyens lui permettant d'ajuster au mieux ses décisions d'abrogation⁽⁴²⁾. C'est là qu'apparaît cette nouvelle « matière » : non plus un droit transitoire de la *naissance* des lois – le premier moment – mais un droit transitoire de la *disparition* des lois⁽⁴³⁾. Quel est l'esprit général en ce domaine ?

Par un étonnant renversement de situation, le Conseil s'est trouvé à peu près dans la même position que le législateur : tout comme le vote d'une loi, le prononcé d'une abrogation entraîne avec elle, par un effet domino redoutable, de nombreuses conséquences sur les situations déjà créées. À une différence près : c'est le Conseil constitutionnel lui-même, et non plus le Parlement, qui endosse la responsabilité des éventuels désordres normatifs. Il lui revient alors de trouver les bons outils et les bonnes solutions pour « adoucir » au maximum l'impact de l'abrogation sur les situations en cours. Et la chose n'est pas simple !

Il arrive en effet qu'une loi inconstitutionnelle soit à la source de situations parfaitement légitimes, par exemple lorsque des contrats ont été conclus en toute bonne foi sur la base des dispositions invalidées. Dans ce cas, le Conseil doit alors rétrécir le champ d'application de son abrogation pour épargner certaines conventions. À l'inverse, des justiciables qui ne sont pas directement concernés par la censure peuvent revendiquer le bénéfice de cette abrogation. La situation se rencontre classiquement pour les instances en cours : le juge constitutionnel peut alors décider d'élargir le bénéfice de la décision à toutes les instances contentieuses déjà formées en décidant que cette censure « est applicable » ou qu'elle « peut être invoquée » dans les affaires similaires. *Effet utile* dit le Conseil dans ce cas.

Rétrécir, élargir... et parfois même écrire ! Lorsqu'il retarde l'entrée en vigueur d'une abrogation, le Conseil peut choisir d'aménager avec plus ou moins de précision la période transitoire, c'est-à-dire celle qui sépare la date de la décision et une date... que le Conseil aura librement déterminée – date précise⁽⁴⁴⁾, terme des contrats⁽⁴⁵⁾, entrée en vigueur de la réforme⁽⁴⁶⁾... Pour ce faire, le Conseil dispose alors d'une infinité

de moyens, de la simple obligation pour les juges de surseoir à statuer en attendant la nouvelle loi⁽⁴⁷⁾ jusqu'à la possibilité de prévoir dans les moindres détails la législation transitoire.

La décision du 31 mai 2017⁽⁴⁸⁾ est à ce titre un cas d'école. Après avoir censuré une disposition du code électoral qui offrait aux partis politiques représentés par des groupes parlementaires à l'Assemblée nationale un « droit à l'antenne » sur le service public nettement supérieur aux autres partis, le Conseil constate qu'une abrogation « simple » aurait des effets manifestement excessifs. Il décide alors de reporter l'entrée en vigueur de l'abrogation au 30 juin 2018. Mais pour éviter de faire survivre la disposition inconstitutionnelle pendant toute la durée des élections législatives, le Conseil choisit d'écrire lui-même le droit applicable : désormais, estime le juge, le droit d'antenne doit être calculé « au regard de leur représentativité (*des partis*), appréciée notamment par référence aux résultats obtenus lors des élections intervenues depuis les précédentes élections législatives » ; en conséquence, précise le Conseil, « les durées d'émission qui ont été attribuées aux premiers (*les partis non représentés par un groupe parlementaire*) doivent être modifiées à la hausse, cette augmentation ne peut, toutefois, excéder cinq fois les durées fixées par les dispositions du paragraphe III de l'article L. 167-1 du code électoral ».

Ici encore, en créant une disposition transitoire, le Conseil se trouve dans une situation semblable à celle d'un législateur souhaitant, comme il le fait aujourd'hui couramment⁽⁴⁹⁾, éviter les évolutions brutales et favoriser une transition paisible entre deux législations.

Parfois même, la liberté du Conseil d'aménager une période de transition se transforme en contrainte : s'il choisit de différer sa décision d'abrogation mais ne prévoit aucune mesure transitoire, il laisse volontairement en vigueur – certes pendant un temps limité – un régime ouvertement contraire aux libertés. Avec deux dangers, d'égales importances : voir appliquer la législation invalidée-mais-pas-encore-abrogée par un juge sourcilieux ou revancharde et/ou subir l'affront d'un recours en inconstitutionnalité qui rendrait inapplicable « tout de suite » une disposition temporairement épargnée. Simple hypothèse ? Droit fiction ?

Dans une affaire jugée en 2016, la Chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de maintenir, sourire en coin, sa propre jurisprudence censurée par le Conseil au motif « qu'il résulte de la décision du Conseil constitutionnel que les dispositions de l'article L. 4614-13 du code du travail telles qu'interprétées de façon constante par la Cour de cassation demeurent applicables jusqu'au 1^{er} janvier 2017 »⁽⁵⁰⁾. Avec malice, la Cour d'appel de Versailles décide alors d'écarter la jurisprudence litigieuse en se basant sur le droit au recours consacré par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme (en tout point semblable au droit au recours de l'article 6 de la Déclaration de 1789 utilisé par le Conseil pour invalider l'interprétation jurisprudentielle). Sans succès puisque la Cour de cassation intervient à nouveau et dément la lecture de la Cour d'appel en balayant les différents motifs d'inconstitutionnalité⁽⁵¹⁾... Tout cela prouve, s'il en était besoin, l'impérative nécessité d'écrire avec la plus grande attention le droit applicable pendant la période de transition.

B - Le droit des rouages et des boulons

Le droit du contentieux constitutionnel existait bien avant 2010. Il a produit une immense littérature juridique et nourri de célèbres manuels. Mais pour beaucoup, il était encore une curieuse espèce de contentieux – sans parties, sans avocats et sans procès.

Tout change avec la QPC : dorénavant la Constitution s'invite dans le quotidien des Palais, elle se concrétise, se discute, devient la « chose des parties ». Et progressivement, le droit du contentieux constitutionnel intègre des idées et des principes qui lui étaient jusque-là inconnus : contradictoire, oralité, appel... Pour accompagner cette formidable transformation, il fallait construire à partir de rien (ou presque) un « droit de la QPC » qui puisse offrir aux justiciables un cadre procédural adéquat et performant. Il ne peut être question de refaire ici cette histoire bien connue. On pourra néanmoins souligner quelques éléments remarquables qui tracent les contours de cette nouvelle matière et éclairent toute l'œuvre créatrice des juges en ce domaine.

Il faut bien dire *des juges* : la première et peut-être la plus essentielle des originalités du droit de la QPC est d'être un droit écrit, encore aujourd'hui, à plusieurs mains. D'abord et avant tout la main souveraine du Parlement avec l'article 61-1 de la Constitution et la loi organique du 10 décembre 2009 (accompagnée de ses prolongements réglementaires). Laissons cette législation de côté, elle a son importance, mais ici comme ailleurs les mots des lois sont bien peu de choses sans la magie de l'interprétation.

Le petit miracle du droit de la QPC est de mettre en scène, à proximité immédiate, les juges « suprêmes », intervenant tour à tour dans le cheminement chronologique des requêtes, mais nourris des traditions et de philosophies très différentes. Bien entendu, il est arrivé au Conseil constitutionnel, avant la QPC, de statuer sur une notion, sur un concept, sur un régime bâti quelques mois ou quelques années plus tôt par la Cour de cassation ou le Conseil d'État – et même parfois d'adopter des positions dissonantes. L'histoire du contentieux constitutionnel est faite de ces rencontres parfois conflictuelles entre la rue Montpensier et les autres juges, par exemple avec l'affaire des validations législatives. Mais jusqu'à présent, aucun domaine, aucune matière, n'imposait une relation frontale et immédiate entre les juges suprêmes.

Évidemment, la création de ce droit de la QPC a été le théâtre de rudes oppositions, surtout aux premières heures du mécanisme. On se souvient de la fronde de la Cour de cassation sur la notion de « priorité » lors de l'affaire *Melki et Abdeli*⁽⁵²⁾, et du flot de critiques que cette lecture rebelle a suscité. Ou encore de l'appréciation bien timide de la notion de « disposition législative » par les magistrats du quai de l'Horloge dans une série d'arrêts rendus le 19 mai 2010⁽⁵³⁾, empêchant toute attaque menée contre l'immense littérature jurisprudentielle. On a pu dire, sans doute à raison, que la Cour de cassation avait témoigné dans ces cas d'une volonté à peine dissimulée de réduire la QPC à sa plus simple expression au nom d'une conception un peu rigide de son rôle historique de défenseur de la loi⁽⁵⁴⁾.

Mais comme souvent les grands fracas cachent l'essentiel : au bout du compte, un droit de la QPC écrit par les trois juges suprêmes, chacun pour sa part, encadre désormais la mise en oeuvre du contentieux *a posteriori* des lois : c'est bien la Cour de cassation qui a fixé la première l'impossibilité pour les parties de poser une QPC devant un arbitre⁽⁵⁵⁾ ; c'est bien le Conseil d'État qui a par exemple écarté les ordonnances du champ d'application de la QPC⁽⁵⁶⁾ ou précisé le droit applicable en cas de « recours contre un refus de transmettre »⁽⁵⁷⁾ ; c'est évidemment le Conseil constitutionnel qui applique au quotidien son « règlement intérieur » et l'adapte par petites touches aux besoins et aux demandes des justiciables⁽⁵⁸⁾. Les uns et les autres, chacun dans leur domaine, « réceptionnent » les interprétations des autres juges, les adaptent, les corrigent, les contestent aussi. Avec parfois des situations cocasses, par exemple lorsque le Conseil constitutionnel estime que sa propre jurisprudence ne constitue pas un « changement de circonstances de droit » alors même que la Cour de cassation l'avait admis dans sa décision de renvoi⁽⁵⁹⁾ !

La seconde caractéristique majeure de ce droit de la QPC est d'être un droit « à étage », distinguant nettement deux moments : celui de la recevabilité et celui du jugement au fond. Il n'est pas rare qu'une procédure contentieuse nécessite un contrôle de la recevabilité des demandes, la plupart du temps pour éviter l'engorgement des tribunaux et écarter les questions farfelues⁽⁶⁰⁾. Regardez du côté de Strasbourg. Il est beaucoup plus rare, en revanche, et peut-être même unique, que les deux moments soient pilotés par deux juges appartenant à deux ordres différents, chacun souverain en ses terres.

Comment alors accorder les violons ? On n'a sans doute pas assez pris la mesure, en 2008, que cette franche séparation entre le moment de la recevabilité et le moment du jugement au fond pouvait être la cause de tensions inextricables et ruiner les chances de succès de la nouvelle procédure. Certains pensaient, au départ, que le Conseil constitutionnel allait devenir le plus suprême des juges suprêmes et imposer de haut, article 62 C en bandoulière, les règles gouvernant le contentieux des QPC. Les choses sont allées bien différemment...

À vrai dire, la Cour de cassation et le Conseil d'État ne sont enchaînés par aucune obligation « juridique » de respecter la parole du Conseil constitutionnel lorsqu'il statue sur le droit applicable à la recevabilité des QPC. C'est bien davantage sur le terrain du *self restraint* et de la bonne volonté que les règles en la matière s'harmonisent au quotidien. Que l'on songe à la jurisprudence du Conseil constitutionnel consacrée au critère de « l'applicabilité au litige » ou celle relative à la catégorie des « droits et libertés que la Constitution garantit ». Il est bien entendu arrivé que le législateur fronce les sourcils et menace les juges récalcitrants d'une action radicale. Mais dans les faits, la QPC a très peu fonctionné sur cette base toute militaire. À ce jour d'ailleurs, la seule mesure coercitive à l'encontre d'une interprétation jugée déviante a consisté en la suppression de la formation « QPC » à la Cour de cassation suite à l'affaire *Melki et Abdeli*⁽⁶¹⁾. Mesure bien dérisoire qui n'a d'ailleurs jamais été officiellement un geste de rétorsion.

L'arrivée de la QPC en 2010 est à l'origine de nombreuses « nouveautés ». Certaines étaient attendues et souhaitées comme l'ouverture du procès constitutionnel au justiciable ou le toilettage en profondeur de notre corpus législatif. D'autres à l'inverse étaient moins pressenties, notamment l'évolution de la jurisprudence consacrée à la liberté d'entreprendre ou le recours massif à la modulation des décisions d'abrogation. Certaines « nouveautés » enfin sont encore à construire, par exemple une réforme du mode de désignation des membres du Conseil et peut-être de leur nombre. Sujet sensible... Mais c'est déjà une autre histoire !

(1) Les données chiffrées présentées dans cette étude ont été récoltées avec l'aide précieuse de Coralie Richaud, Maître de conférences à l'Université de Limoges, et Marine Haulbert, ATER à l'Université de Montpellier. Je tiens à leur adresser ici mes plus sincères remerciements.

(2) Cons. const., 2000-436 DC, 7 décembre 2000, R. p. 176 (censure sur le double fondement du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre). V. également la décision Cons. const. 2000-435 DC rendue le même jour : « les limitations ainsi apportées par l'article 14 à la liberté d'entreprendre ne sont pas énoncées de façon claire et précise ; qu'il y a lieu par suite de déclarer cet article contraire à l'article 34 de la Constitution ».

(3) Cons. const., 2013-672 DC, 13 juin 2013, R. p. 817.

(4) Selon la belle expression du Doyen Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1969, 10e éd. 2001, p. 105.

(5) Cons. const., 2011-200 QPC, 2 décembre 2011, R. p. 159.

(6) Cons. const., 2011-126 QPC, 13 mai 2011, R. p. 235.

(7) Cons. const., 2017-626 QPC, 28 avril 2017, JO 29 avril 2017, texte n° 105.

(8) Un vivier important de QPC, par ex. : Cons. const., 2016-604 QPC, 17 janvier 2017, JO 20 janvier 2017, texte n° 78.

(9) Cons. const., 2016-570 QPC, 29 septembre 2016, JO 1^{er} octobre 2016, texte n° 57.

(10) Il faut préciser ici qu'il existe plusieurs façons d'envisager le contentieux constitutionnel économique. Par exemple en retenant tous les « sujets » ou les « thèmes » économiques présents dans les décisions du Conseil, sans tenir compte des griefs constitutionnels invoqués par les requérants. Avec un inconvénient important dans ce cas : il arrive régulièrement que le Conseil traite d'un sujet économique – par exemple la fiscalité des sociétés – sans mobiliser dans son raisonnement aucune considération économique – par exemple lorsqu'il statue sur les aspects « punitifs » d'un régime juridique –. Pour cette raison, le choix a été fait d'envisager le « contentieux économique » par le prisme des principes constitutionnels liés à l'économie, en l'occurrence le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle. Ont été ajoutés les principes « sociaux » présents dans le Préambule de 1946, rarement invoqués en réalité, mais qui ont une dimension économique importante. En revanche, le principe d'égalité n'a pas été retenu même s'il nourrit de nombreuses décisions rendues dans le domaine économique.

(11) Et peut-être que « cela n'aurait jamais eu lieu si le législateur n'avait pas choisi de surréglementer d'immenses pans de l'activité au point d'en réduire la liberté d'exercice à peau de chagrin » comme le pense D. De Béchillon (« Le volontarisme politique contre la liberté d'entreprendre », *NCCC*, 2015/4, p. 7).

(12) Cons. const., 2013-320/321 QPC, 14 juin 2013, JO 16 juin 2013, p. 10025 (en l'espèce un contrat de travail).

(13) Cons. const., 2011-126 QPC, 13 mai 2011, JO 13 mai 2011, p. 8400.

(14) Cons. const., 2012-242 QPC, 14 mai 2012, JO 15 mai 2012, p. 9096.

(15) Cons. const., 2015-470 QPC, 29 mai 2015, JO 31 mai 2015, p. 9051.

(16) Mais il en existe encore, v. not. T. Perroud, « Un choix de société du Conseil constitutionnel : la liberté contractuelle contre la solidarité », 20 février 2017, <http://blog.juspoliticum.com>.

(17) Cons. const., 2012-285 QPC, 30 novembre 2012, JO 1^{er} décembre 2012, p. 18908.

(18) Cons. const., 2010-45 QPC, 6 octobre 2010, JO 7 octobre 2010, p. 18156.

(19) Cons. const., 2013-317 QPC, 24 mai 2013, JO 29 mai 2013, p. 8854.

(20) Cons. const., 2015-476 QPC, 17 juillet 2015, JO 19 juillet 2015, p. 12291.

(21) Cons. const., 2015-480 QPC, 17 septembre 2015, JO 19 septembre 2015, p. 16584.

(22) Cons. const., 2015-516 QPC, 15 janvier 2016, JO 17 janvier 2016, texte n° 21.

(23) Cons. const., 2010-1960 QPC, 12 novembre 2010, JO 13 novembre 2010, p. 20237.

(24) Cons. const., 2011-193 QPC, 10 novembre 2011, JO 11 novembre 2011, p. 19010.

(25) Cons. const., 2011-208 QPC, 13 janvier 2012, JO 14 janvier 2012, p. 752.

(26) Cons. const., 2014-449 QPC, 6 février 2015, JO 8 février 2015, p. 232.

(27) Cons. const., 2011-193 QPC, 10 novembre 2011, JO 11 novembre 2011, p. 19010.

(28) Cons. const., 2017-748 DC, 16 mars 2017, JO 21 mars 2017, texte n° 5.

(29) Sur la base de l'article 7 de la Charte (Cons. const., 2008-564 DC, 19 juin 2008, R. p. 313). Dans la décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, le Conseil censure la taxe carbone car « les régimes d'exemption totale institués par (...) la loi déferée sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ».

(30) Cons. const., 2016-595 QPC, 18 novembre 2016, *JO* 20 novembre 2016, texte n° 31 ; Cons. const., 2014-396 QPC, 23 mai 2014, *JO* 25 mai 2014, p. 8583 ; Cons. const., 2014-395 QPC, 7 mai 2014, *JO* 10 mai 2014, p. 7874 ; Cons. const., 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, R. p. 596 ; Cons. const., 2012-283 QPC, 23 novembre 2012, R. p. 605 ; Cons. const., 2012-269 QPC, 27 juillet 2012, R. p. 445 ; Cons. const., 2012-270 QPC, 27 juillet 2012, R. p. 449 ; Cons. const., 2012-262 QPC, 13 juillet 2012, R. p. 326 ; Cons. const., 2011-182 QPC, 14 octobre 2011, R. p. 505 ; Cons. const., 2011-183/184 QPC, 14 octobre 2011, R. p. 508.

(31) Y compris en dehors du contentieux QPC puisque, à notre connaissance, aucune autre disposition de la Charte n'a été à ce jour le fondement d'une inconstitutionnalité.

(32) Les articles 3 et 4 de la Charte peuvent aussi impliquer une intervention du Parlement, mais pour ces dispositions le Conseil estime que, contrairement à l'article 7, le législateur a toute latitude pour déterminer « les moyens par lesquels (il) entend mettre en oeuvre le droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé » (Cons. const., 2012-282 QPC, 23 novembre 2012, R. p. 596).

(33) « Toute personne a le droit, *dans les conditions et les limites définies par la loi...* » précise l'article 7 de la Charte.

(34) Pour une analyse détaillée de la jurisprudence du Conseil relative à l'article 7 de la Charte, v. A. Van Lang, « Le principe de participation : un succès inattendu », *NCCC*, n° 43, avril 2014.

(35) L'article 7 a d'ailleurs été utilisé à deux reprises par le Conseil constitutionnel pour statuer sur une demande de déclassement, et donc sur la compétence parlementaire en la matière : Cons. const., 2008-211 L, 18 septembre 2008, R. p. 365 et CC 2015-256 L, 21 juillet 2015, *JO* 24 juillet 2015, p. 12643.

(36) Cons. const., 2005-516 DC, 7 juillet 2005, R. p. 102.

(37) Cons. const., 2016-595 QPC, 18 novembre 2016, *JO* 20 novembre 2016.

(38) Cons. const., 2015-518 QPC, 2 février 2016, *JO* 5 février 2016, texte n° 75.

(39) Cons. const., 2014-411 QPC, 9 septembre 2014, *JO* 12 septembre 2014, p. 15020.

(40) Cons. const., 2014-396 QPC, 23 mai 2014, *JO* 25 mai 2014, p. 8583.

(41) « Le législateur n'est pas lié, parce qu'il n'y a pas de texte constitutionnel, et l'article 2 du code civil n'est qu'une loi comme les autres, à laquelle il peut toujours déroger », P. Roubier, *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, 2^e éd., 1960, Dalloz, 2008, p. 224.

(42) Par et avec l'article 61-1 de la Constitution.

(43) Qu'il nous soit permis de renvoyer le lecteur, pour une démonstration mieux nourrie et de nombreux exemples, à notre texte « L'émergence d'un droit transitoire constitutionnel », *RDP*, 2016, n° 1.

(44) Le cas le plus fréquent, par exemple : Cons. const., 2010-83 QPC, 13 janvier 2011, *JO* 14 janvier 2011, p. 811.

(45) Cons. const., 2013-672 DC, 13 juin 2013, *JO* 16 juin 2013, p. 9976.

(48) Cons. const., 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *JO* 1^{er} juin 2017, texte n° 25.

(49) Pour des explications générales, v. F. Dekeuwer-Défossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, 1977.

(50) Cass. Soc., 15 mars 2016, n° 14-16.242.

(51) Cass. Soc., 31 mai 2017, n° 16-16949 : « par décision 2015-500 QPC du 27 novembre 2015 le Conseil constitutionnel (...) a reporté au 1^{er} janvier 2017 la date d'abrogation de ces dispositions afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité ainsi constatée ; que

ces dispositions, telles qu'interprétées de façon constante par la Cour de cassation demeurent applicables jusqu'à cette date ; qu'en décidant néanmoins en l'espèce d'écarter l'application de ces dispositions ainsi interprétées au motif qu'elle porterait atteinte au droit au procès équitable garanti par l'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 62 de la Constitution ».

(46) Un cas très fréquent également.

(47) Cons. const., 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *JO* 29 mai 2010, p. 9728.

(48) Cons. const., 2017-651 QPC, 31 mai 2017, *JO* 1^{er} juin 2017, texte n° 25.

(49) Pour des explications générales, v. F. Dekeuwer-Défossez, *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*, LGDJ, 1977.

(50) Cass. Soc., 15 mars 2016, n° 14-16.242.

(51) Cass. Soc., 31 mai 2017, n° 16-16949 : « par décision 2015-500 QPC du 27 novembre 2015 le Conseil constitutionnel (...) a reporté au 1^{er} janvier 2017 la date d'abrogation de ces dispositions afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité ainsi constatée ; que ces dispositions, telles qu'interprétées de façon constante par la Cour de cassation demeurent applicables jusqu'à cette date ; qu'en décidant néanmoins en l'espèce d'écarter l'application de ces dispositions ainsi interprétées au motif qu'elle porterait atteinte au droit au procès équitable garanti par l'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 62 de la Constitution ».

(52) Cass. QPC, 16 avril 2010, n° 10-40.002.

(53) Cass. QPC, 19 mai 2010, n° 09-82.582 ; Cass. QPC, 19 mai 2010, n° 09-87.307 ; Cass. QPC, 19 mai 2010, n° 09-70.161.

(54) « La tradition légicentriste française, dont elle (la Cour) est encore la gardienne, ne s'accommode pas d'une généralisation du contrôle de la loi en vigueur et des risques de remise en question qu'il induit », N. Molfessis, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011/2, p. 83.

(55) Cass. com., 28 juin 2011, n° 11-40.030.

(56) CE, 11 mars 2011, *Benzoni*, n° 341658 ; suivi par CC 2011-219 QPC, 10 février 2012, *JO* 11 février 2012, p. 2440.

(57) Not. CE, 1^{er} février 2011, *SARL Prototype technique industrie*, n° 342536.

(58) Par ex. en encadrant la production des interventions volontaires (v. CC 2011-120 ORGA, 21 juin 2011, R. p. 619).

(59) Cons. const., 2017-630 QPC, 19 mai 2017, *JO* 20 mai 2017, texte n° 16.

(60) Sur les procédures de « renvois préalables », v. l'ouvrage de G. Casu, *Le renvoi préalable, Essai sur l'unification préjudicielle de l'interprétation*, LGDJ, 2016.

(61) Article 12 de la loi n° 2010-830 du 22 juillet 2010, *JO* 23 juillet 2010, p. 13562.