

## **EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITE:**

### **Catégorie et objectif du contrôle**

**ALGER PNUD 5 Juin 2017**

**Nicole Belloubet**

L'histoire et l'exercice des deux types de contrôle relate de manière effective la construction progressive du rôle de notre institution, le Conseil constitutionnel, qui eut d'abord pour mission d'assurer la conformité de la loi à la constitution puis chercha à devenir ensuite, notamment depuis 2010, un défenseur ardent des droits et libertés.

L'histoire et l'exercice des deux types de contrôle relate de manière effective la construction progressive du rôle de notre institution, le Conseil constitutionnel, qui eut d'abord pour mission d'assurer la conformité de la loi à la constitution puis chercha à devenir ensuite, notamment depuis 2010, un défenseur ardent des droits et libertés.

La coexistence de ces deux contrôles<sup>1</sup> traduit une mutation considérable du rôle de l'institution anciennement « chien de garde de l'exécutif », aujourd'hui défenseur des droits et libertés. Cette évolution offre au Conseil un positionnement institutionnel différent par une politisation qui s'éloigne et une juridictionnalisation qui s'installe.

### **I- Contrôle abstrait ou contrôle concret des lois**

Les prémices ainsi esquissées du maintien et de la complémentarité des deux contrôles ont rendu nécessaire la préservation d'une cohérence entre eux. Elle est essentielle pour la visibilité et la légitimité du Conseil constitutionnel à la fois aux yeux des politiques mais aussi à ceux des citoyens qui prennent progressivement conscience de son rôle. Ce souci de cohérence s'est traduit dans les intentions initiales du législateur par des modalités de contrôle QPC calquées sur celles du contrôle a priori. Ces contrôles se sont progressivement articulés<sup>2</sup> de sorte que, par une révolution de velours, ils s'influencent désormais l'un l'autre.

---

<sup>1</sup>- ARTICLE 61 : Les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. / Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs. / Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, le Conseil constitutionnel doit statuer dans le délai d'un mois. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. / Dans ces mêmes cas, la saisine du Conseil constitutionnel suspend le délai de promulgation.

ARTICLE 61-1 : Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. / Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.

ARTICLE 62 : Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. / Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. / Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

<sup>2</sup>- Sur ces points, voir Marc Guillaume, Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une cour suprême ?, La semaine juridique, édition générale, n°24, 11 Juin 2012

## **A. Une autonomie conceptuelle des contrôles a priori et a posteriori**

Le contrôle de l'art 61-1 a été pensé de manière conservatrice et conçu sur la base d'une autonomie conceptuelle destinée à le rendre complémentaire et cohérent avec le contrôle a priori de l'art 61. De ce point de vue la réussite est grande.

### **1) Une construction cohérente**

La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 10 décembre 2009 instaurent ainsi un contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori recherchant les continuités les plus fortes par rapport à l'état du droit en vigueur. La dimension conservatrice de cette réforme tranche avec les conditions dans lesquelles le contrôle de constitutionnalité a été mis en place dans d'autres pays d'Europe dans un contexte de retour à la démocratie après une période sombre et de défiance à l'égard des juges et des systèmes de droit antérieur ce qui n'était pas le cas de la France en 2008.

Cette logique de continuité conduit à étendre à cette nouvelle compétence les techniques du contrôle a priori. Le contrôle des articles 61-1 et 62 de la Constitution revêt ainsi les mêmes couleurs que celles du contrôle a priori :

- celle d'un contrôle concentré puisque seul le Conseil constitutionnel est habilité à déclarer une loi contraire à la norme suprême, même si les juges du fond y prennent désormais une part toujours plus active ;
- celle d'une approche plutôt abstraite et objective en raison de la volonté de calquer le contrôle a posteriori sur le contrôle a priori ;
- celle de décisions nanties de la même autorité de la chose jugée que celles rendues dans le cadre du contrôle a priori puisque le législateur organique a limité la recevabilité de la QPC aux seules dispositions qui n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel (sans distinction entre les décisions a posteriori et les décisions a priori). C'est d'ailleurs le même article 62 de la constitution qui traite de cette question pour les deux types de contrôle.

L'objectif initial qui visait à préserver la cohérence des contrôles s'est traduit par deux conséquences : d'une part, l'interprétation des normes s'effectue de la même manière, la plupart des techniques contentieuses du contrôle a priori ayant été importées dans le contrôle a posteriori ; d'autre part, l'intensité du contrôle ne varie pas selon que le droit ou la liberté constitutionnelle est examinée en DC ou en QPC : dans les deux cas, le Conseil constitutionnel affirme ne pas disposer d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement ; le contrôle de proportionnalité s'y déploie avec la même effectivité. Traduisant

cette volonté de cohérence, le Conseil a souligné, dès les premières décisions rendues en QPC, qu'il entendait reprendre, non seulement les jurisprudences mais également les raisonnements et la technique rédactionnelle du contrôle a priori.

L'objectif de cohérence ne parvient pas à masquer le fait que les contrôles ne sont pas, en réalité, de même nature : en contrôle a priori, on juge un changement du droit, créé par l'édition de la loi ; en contrôle a posteriori, on tranche un état du droit résultant de l'application d'une norme.

## **2) Une articulation progressive**

L'autonomie conceptuelle initiale a évolué progressivement vers une articulation dans la mise en œuvre des deux contrôles. Ils concernent par ex les normes de référence et l'objet des contrôles

### **a) Les normes de référence**

La spécificité des contrôles se caractérise par des normes de référence distinctes : dans le contrôle a priori, elles découlent du bloc de constitutionnalité ; dans le contrôle a posteriori elles sont constituées par « les droits et libertés que la constitution garantit ». De ce fait :

- certaines sont communément admises tels les droits et libertés constitutionnels invocables en DC comme en QPC ;
- certaines sont communément rejetées telle la violation d'un engagement international ;
- certaines sont seulement invocables en contrôle a priori telles que la procédure d'adoption de la loi ; l'exigence constitutionnelle de transposition des directives ; les dispositions de l'article 14 de la Déclaration de 1789 ; le domaine réservé par la constitution à la loi organique ; l'appartenance des langues régionales au patrimoine de la France.
- d'autres enfin sont invocables de manière autonome en contrôle a priori mais de manière indirecte a posteriori. Dans sa décision « Kimberly Clark<sup>3</sup> », le Conseil a ainsi traité de manière particulière le grief d'incompétence négative qui ne peut être invoqué à l'appui d'une QPC que lorsque « est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit ».

Cet écart dans les normes de référence soulève parfois de vives discussions et interrogations doctrinales. Il en va ainsi quant au sort, encore incertain, réservé à l'art 5 de la charte de

---

<sup>3</sup>- N° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC KIMBERLY CLARK [Incompétence négative en matière fiscale]

l'environnement, relatif au principe de précaution, puisque dans la décision « **Gaz de schiste**<sup>4</sup> », il a en tout état de cause été jugé inopérant en l'espèce.

### b) L'objet des contrôles

Une distinction peut être opérée quant à l'objet du contrôle effectué par le Conseil constitutionnel en DC et en QPC.

#### a) Le contrôle in abstracto

A priori, nous jugeons un texte en devenir dont on va anticiper les applications futures. Le contrôle a priori est alors doublement abstrait : la disposition n'est jamais entrée en vigueur et elle est jugée par rapport à ses effets possibles. La disposition soumise au contrôle a priori bénéficie d'une part de projection hypothétique quant à sa portée. Cette projection étant incertaine, le Conseil se reporte à ce qui est certain, c'est-à-dire à l'intention du législateur. Cette vision prospective est cependant complexe à exercer en différentes situations.

Dans certains cas, le texte adopté ne correspond politiquement plus tout à fait aux ambitions affichées par les autorités exécutives ou législatives au moment où il est contrôlé. Ainsi dans la décision relative à la **loi MPTAM**<sup>5</sup>, le conseil s'est prononcé sur le rétablissement de la clause de compétence générale pour les collectivités territoriales alors même que le gouvernement annonçait sa condamnation pour l'avenir.

Dans d'autres situations, le contrôle du principe d'égalité à partir de l'intention du législateur, qu'on essaye de comprendre, s'avère délicat. Le contrôle du principe d'égalité emprunte deux voies : lorsque le législateur institue une différence de traitement fondée sur une différence de situation, la question est traitée de la même manière en DC et en QPC ; lorsque le législateur prétend déroger à l'égalité pour un motif d'intérêt général, nous sommes conduits à rechercher plus fortement la cohérence de ses intentions du législateur dans le contrôle a priori que dans le contrôle a posteriori. Ainsi en instaurant une **taxe sur les boissons énergisantes** le législateur prétend vouloir lutter contre l'alcoolisme alors même que la disposition législative contestée institue une taxe sur une boisson non alcoolisée. L'objectif affiché, sans doute erroné, ne correspond pas à la disposition adoptée ce qui conduit à une annulation en DC<sup>6</sup>. Dans un contrôle en QPC, la solution eût peut-être été différente<sup>7</sup> ce qui témoigne de la difficulté à juger l'intention du législateur.

---

<sup>4</sup>- N° 2013-346 QPC du 11 Octobre 2013, Société Schuepbach Energy LLC [Interdiction de la fracturation hydraulique pour l'exploration et l'exploitation des hydrocarbures - Abrogation des permis de recherches]

<sup>5</sup>- N° 2013-687 DC du 23 janvier 2014, Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles

<sup>6</sup>- N° 2012-659 DC du 13 décembre 2012, loi de financement de la sécurité sociale pour 2013

<sup>7</sup>- A rapprocher de la décision n° 2011-121 QPC du 21 Avril 2011, Société UNILEVER France (taux de TVA sur la margarine) : « 4. Considérant qu'en adoptant la disposition contestée, le législateur a exclu les opérations

Les griefs qui apparaissent ne sont pas ceux qui avaient été imaginés dans le contrôle a priori. On a ainsi statué sur des dispositions antérieures à 1958 ou déferées en contrôle a priori mais non spécialement examinées, ou de dispositions réexaminées en présence d'un changement de circonstances et déclarées contraires. D'une certaine manière, la QPC jette une lumière rétrospective sur le contrôle a priori.

**b) Un contrôle in concreto**

La prégnance du concret découle de l'insertion de la QPC dans un procès constitutionnel lequel est initialement un procès entre parties<sup>8</sup>. La force attractive du concret se décline selon plusieurs aspects.

La procédure de la QPC, orale et contradictoire, diffère grandement de celle qui est suivie dans le contrôle a priori. La présence des avocats est essentielle : ils font partager, ressentir, certains aspects concrets de ce procès, dans une grande diversité d'approche liée à ce qu'ils sont eux-mêmes. Il s'agit bien ici d'un droit appliqué qui se caractérise à la fois par une forme d'incarnation et de distance. Lors de l'audience, publique, même si les parties n'échangent pas entre elles, même si les membres du conseil ne peuvent directement poser de questions à l'audience, le président du Conseil redonne la parole aux défenseurs des parties après que le SGG se soit exprimé, ce qui caractérise une accentuation du contradictoire.

Au fond, le contrôle a posteriori prend appui sur du vécu, sur une norme qui a déjà été appliquée. La position des juges du filtre est connue. Il arrive même que la presse en parle comme ce fut le cas pour la QPC liée à **l'affaire Cahuzac**<sup>9</sup>. Cette position des juges du fond est analysée à partir de la jurisprudence constante du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation.

Sur cette base, le travail des avocats et des justiciables consiste à proposer des interprétations de la constitution et à demander des évolutions de jurisprudence. Ils passent ainsi d'un intérêt subjectif à agir à un intérêt objectif de contestation de la loi. En ce sens, la QPC instaure devant le juge constitutionnel un nouvel espace de débat démocratique dont les bénéficiaires sont à la fois les justiciables et le Parlement auquel la décision du Conseil s'adresse en tout

---

portant sur les margarines et graisses végétales de l'application du taux réduit de la taxe sur la valeur ajoutée ; qu'en appliquant aux produits d'origine laitière, entrant dans la composition des corps gras non végétaux, un avantage fiscal ayant pour objet de modérer leur prix de vente au public, le législateur a entendu favoriser leur production et leur vente ; qu'en distinguant à cette fin les opérations portant sur les margarines et graisses végétales, taxées au taux de 19,6 %, de celles portant sur les corps gras alimentaires d'origine laitière taxées au taux de 5,5 %, il s'est fondé sur un critère objectif et rationnel ; que, dès lors, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 13 de la Déclaration de 1789 doit être rejeté ; »

<sup>8</sup>- Dominique Rousseau, Droit du contentieux administratif, LGDJ, 10<sup>ème</sup> ed, 2013, p.243

<sup>9</sup>- [24 juin 2016 - Décision n° 2016-546 QPC M. Jérôme C. \[Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale\]](#)

premier lieu. Ce débat intéresse toutes les branches du droit, y compris le droit électoral et engage un nouveau dialogue du Conseil avec ces différentes branches du droit.

Mais en réalité, il ne s'agit pas d'un contrôle concret de même nature, que celui auquel procèdent les autres juridictions nationales ou la CEDH. Même dans le cadre de la QPC, le contrôle exercé demeure toujours un contrôle abstrait. Certes les membres du Conseil, au moment où ils rapportent l'affaire en délibéré, prennent toujours en compte les faits concrets, ou du moins de ce que les pièces du dossier leur permettent d'en connaître.

Mais ces faits éclairent la difficulté juridique ; ils ne sont pas l'objet de la décision. Le Conseil n'est pas, par l'opération de la QPC, devenu un juge du fait. A n'en pas douter l'ensemble donne cependant au Conseil constitutionnel un autre positionnement institutionnel !

## **B. Des influences inévitables**

Par l'influence réelle que la QPC exerce sur les DC, on peut parler d'une véritable révolution -rétroaction qui inscrit l'ensemble de ces évolutions dans une démarche combinatoire<sup>10</sup>.

### **1) Les évolutions du contrôle a priori**

#### **a) Procédure**

Le contrôle a priori se traduit par un double monopole : celui de la saisine du conseil et celui de l'exercice concentré du contrôle de la constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. C'est dès lors un dialogue singulier, en binôme, qui s'instaure entre le conseil constitutionnel et le Parlement, même si cet échange s'adresse parfois aussi à la société. Dans le contrôle a posteriori, la multiplicité des acteurs impliqués, des « entrepreneurs constitutionnels » change de fait, le positionnement du Conseil constitutionnel.

Accroître le contradictoire est une exigence permanente de la doctrine. Le contradictoire existe ! De façon évidente dans le contentieux électoral lorsque des élus ou candidats sont auditionnés dans le cadre de la procédure qui les concerne ; il s'affiche dans l'instruction des QPC et, au-delà des interventions extérieures qui sont accueillies, se diffuse progressivement dans le contrôle a priori :

- D'une part, le Conseil organise des auditions d'experts en faisant venir auprès de lui des personnes susceptibles d'aider les conseillers à mesurer l'impact d'une loi. Ce fut le cas pour la loi sur les clauses de désignation<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup>- Voir Coralie Richaud, Contrôle a priori versus contrôle a posteriori, *Revue administrative*, n° 385 p.26

<sup>11</sup>- N° 2013-672 DC du 13 Juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi

- D'autre part, dans certaines hypothèses, nous avons communiqué au Parlement et au SGG l'ensemble des interventions extérieures dont nous avons été destinataires, esquissant ainsi une forme de contradictoire en DC<sup>12</sup>.

**Le recours à des experts constituera un élément important de la décision que nous rendrons sur le traité CETA (audition de la commission européenne, du conseil, de professeurs de droit...)**

### **b) Motivation**

Les décisions du Conseil ont comme premiers destinataires les parlementaires et les juges. Mais les QPC sont aussi lues par les justiciables ! Grande novation mais logique imparable car elles leur sont destinées, aux requérants et à ceux qui pourraient en bénéficier !

Dès lors, depuis 3 ans les QPC ont beaucoup évolué notamment dans leur motivation qui s'ouvre, se veut plus précise et sans doute plus intelligible pour les justiciables.

La décision Perruche<sup>13</sup> a beaucoup été critiquée sur les conditions d'application dans le temps de la censure et a donné lieu à des jurisprudences discordantes de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Peut-être était-ce lié à une motivation insuffisante ? Que cela en soit ou non une conséquence, un constat s'impose : aujourd'hui, en QPC, les motivations s'allongent, de sorte que cette écriture déteint aussi en DC.

Le Conseil semble par ailleurs être sans doute plus direct lorsqu'il est saisi sur des arguments juridiques très pauvres.

Mais il reste toujours des failles (**voir l'application du principe de laïcité en Guyane**<sup>14</sup>)

### **c) Réserves**

Les effets dans le temps renouvelés au sein des QPC conduisent à traiter différemment les réserves effectuées en DC : **voirdélit d'entrave à l'IVG**<sup>15</sup>

Les effets des décisions sont spécifiques à chacun des contrôles : l'annulation diffère de l'abrogation, les réserves d'interprétation sont à usages différenciés et les effets dans le temps ne peuvent être comparés<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup>- Ce fut le cas là encore avec la question des clauses de désignation qui a suscité de très nombreuses interventions.

<sup>13</sup>- N° 2010-2 QPC du 11 juin 2010, Mme Vivianne L. [Loi dite "anti-Perruche"]

<sup>14</sup>- [02 juin 2017 - Décision n° 2017-633 QPC](#) *Collectivité territoriale de la Guyane [Rémunération des ministres du culte en Guyane]*

<sup>15</sup>- [Décision - 2017-747 DC - Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse](#)

<sup>16</sup>- Sur ces points voir Marc Guillaume, Question prioritaire de constitutionnalité, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, janvier 2014

En QPC, le Conseil règle les effets dans le temps comme il l'entend. Toutes les formules sont envisageables y compris celle d'un report des effets de l'abrogation joint à une réserve d'interprétation à usage provisoire durant le laps de temps laissé au Parlement pour intervenir à nouveau ou s'abstenir !<sup>17</sup>

Cette souplesse de gestion des effets dans le temps a conféré au conseil une forme de liberté en DC : ainsi dans la décision MAPTAM<sup>18</sup> des dispositifs électifs transitoires ont été validés tout en inscrivant une réserve plus constructive dans un temps plus long.

### **Dispositifs transitoires « QPC En Marche ! »<sup>19</sup>**

#### **2) Les audaces jurisprudentielles**

La QPC a libéré la **jurisprudence Nouvelle Calédonie** en DC<sup>20</sup> ! Cette technique qui permet de connaître d'une disposition législative promulguée à l'occasion de l'examen des dispositions d'une loi nouvelle qui la « modifient, la complètent ou affectent son domaine » est extrêmement précieuse pour revisiter des textes fondateurs. Il y a été fait un recours intense puisque ce mécanisme a été utilisé huit fois en un an.

Les nouveautés de la QPC n'ont, par ailleurs, pas freiné les audaces jurisprudentielles en DC : le test de proportionnalité s'est ainsi imposé et développé en matière de privation de la liberté individuelle, de la liberté d'expression et de communication puis de droit au respect de la vie privée.

#### **La création de PFRLR : Mariage pour tous<sup>21</sup>**

---

<sup>17</sup>- N° 2014-400 QPC du 6 juin 2014, Société Orange SA [Frais engagés pour la constitution des garanties de recouvrement des impôts contestés]

<sup>18</sup>- N° 2013-687 DC du 23 janvier 2014, Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles

<sup>19</sup>- [31 mai 2017 - Décision n° 2017-651 QPC Association En marche !](#) [Durée des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives] : « 15. En second lieu, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée, et en vue des élections législatives des 11 et 18 juin 2017, l'application du paragraphe III de l'article L. 167-1 du code électoral doit permettre, pour la détermination des durées d'émission dont les partis et groupements politiques habilités peuvent bénéficier, la prise en compte de l'importance du courant d'idées ou d'opinions qu'ils représentent, évaluée en fonction du nombre de candidats qui déclarent s'y rattacher et de leur représentativité, appréciée notamment par référence aux résultats obtenus lors des élections intervenues depuis les précédentes élections législatives. Sur cette base, en cas de disproportion manifeste, au regard de leur représentativité, entre le temps d'antenne accordé à certains partis et groupements qui relèvent du paragraphe III de l'article L. 167-1 du code électoral et celui attribué à certains partis et groupements relevant de son paragraphe II, les durées d'émission qui ont été attribuées aux premiers 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. »

<sup>20</sup>- Bruno Genevois, Influences sur le contrôle de la constitutionnalité des lois : l'application de la jurisprudence Etat d'urgence ne Nouvelle-Calédonie, RFDA, Janvier-Février 2013, p.1

<sup>21</sup>- 15. En second lieu, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité constatée, et en vue des élections législatives des 11 et 18 juin 2017, l'application du paragraphe III de l'article L. 167-1 du code électoral doit permettre, pour la détermination des durées d'émission dont les partis et groupements politiques habilités peuvent bénéficier, la prise en compte de l'importance du courant d'idées ou d'opinions qu'ils représentent, évaluée en fonction du

Mais c'est surtout le principe d'espérance légitime apparu dans le PLFSS 2013<sup>22</sup>, nouveauté jurisprudentielle protectrice des droits des citoyens mais non paralysante pour l'action publique qui marque la puissance créatrice de l'année 2013.

### **Conclusion**

Le contrôle a priori a favorisé une lecture politisée des décisions, qu'il s'agisse de la taxe carbone, de la taxe à 75%, du non-cumul des mandats... Le contexte politique de la saisine a une incidence non négligeable sur le Conseil constitutionnel puisque son travail s'inscrit dans une alternance politique et démocratique nécessairement cyclique. La procédure instituée ne doit pas le conduire à statuer sur un débat politique mais lui impose au contraire un travail spécifique pour s'abstraire de ce débat. Le contrôle de constitutionnalité français s'est construit sur ce travail de distanciation du politique et de mise en place d'une rationalité juridique qui témoigne de ce que le débat politique qui a animé le travail parlementaire, est désormais clos. La décision « mariage pour tous » a été de ce point de vue particulièrement éclairant.

La juridictionnalisation du Conseil<sup>23</sup> s'est installée grâce à la QPC qui rompt partiellement avec la logique précédente :

- la tendance générale et impersonnelle du contrôle a priori cède le pas devant des requérants qui font valoir tout à la fois leurs propres intérêts mais aussi, par-delà même leur satisfaction personnelle, défendent une question constitutionnelle d'intérêt général.
- l'introduction de la QPC par la justiciable marque une discontinuité politique de la saisine même si celle-ci n'est peut-être pas toujours dépourvue d'arrière-pensée politicienne (comme ce fut le cas par exemple avec la saisine des maires qui refusaient de célébrer les mariages pour les couples de même sexe<sup>24</sup>).
- En QPC, le texte contesté n'est plus le même qu'en DC ; par la même, le contrôle opère une transmutation de son auteur : « juridictionnalisée, désynchronisée du débat

---

nombre de candidats qui déclarent s'y rattacher et de leur représentativité, appréciée notamment par référence aux résultats obtenus lors des élections intervenues depuis les précédentes élections législatives. Sur cette base, en cas de disproportion manifeste, au regard de leur représentativité, entre le temps d'antenne accordé à certains partis et groupements qui relèvent du paragraphe III de l'article L. 167-1 du code électoral et celui attribué à certains partis et groupements relevant de son paragraphe II, les durées d'émission qui ont été attribuées aux premiers 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.

<sup>22</sup>- N° 2013-682 DC du 19 Décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014.

<sup>23</sup>- Marc Guillaume, op cit.

<sup>24</sup>- N° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, M. Franck M. et autres [Célébration du mariage - Absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil]

parlementaire, la décision QPC est imputée à un législateur perpétuel et impersonnel et non à un législateur actuel et politique »<sup>25</sup>

Ainsi le Conseil constitutionnel renforce sa légitimité, dans le temps même où le processus de juridictionnalisation le fait inévitablement évoluer vers une Cour constitutionnelle, statuant « au nom du peuple français ».

### **I. Actualisation des droits constitutionnels au regard du contexte et de l'évolution de la société**

Lors du contrôle a priori, le juge constitutionnel est en face d'un « changement du droit », voulu par le législateur, dont il doit apprécier la constitutionnalité. Dans le contrôle a posteriori, il est face à un droit donné dont il doit apprécier la mise en jeu. Cela induit une articulation nécessaire et progressive des deux contrôles.

A posteriori, la loi promulguée a déjà vécu. Elle a fait l'objet d'une « interprétation constante » donnée par les juridictions administratives ou judiciaires : « en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition <sup>26</sup> ». C'est du « droit vivant » dont il est ici question.

#### **A. Le droit appliqué**

B. A l'opposé le contrôle a posteriori s'inscrit dans un procès constitutionnel qui s'exprime par des échanges multilatéraux. On en relèvera particulièrement deux :

- les juges du filtre deviennent des juges constitutionnels ordinaires : leur mission d'interprète constitutionnel s'exerce surtout dans l'examen du caractère sérieux. Ce que l'on a pu considérer comme étant l'exercice d'un contrôle négatif de constitutionnalité leur laisse en réalité la faculté de respecter le filtre mis en place par la QPC ou de le transformer en « bouchon »<sup>27</sup>.
- Le « dialogue des juges » s'inscrit dans ce multilatéralisme d'une double manière : par la prise en compte de l'interprétation constante de la loi produite par les deux cours suprêmes ; par le souci constant de la position du juge européen des droits de l'homme : le juge constitutionnel français travaille (hélas, sans l'écrire encore...) à la lumière de la jurisprudence de la CEDH pour éviter, ce qui se conçoit à bien des égards, qu'une disposition déclarée conforme à la constitution ne soit annulée par le

---

<sup>25</sup>- Julien Bonnet, Les contrôles a priori et a posteriori, Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 40, 2013, p.109

<sup>26</sup>- N° 2012-39 QPC du 6 octobre 2010 et 2010-52 QPC du 14 octobre 2010, Compagnie agricole de la Crau

<sup>27</sup>- Guy Carcassonne, QPC, Dalloz, 2011, p.28

juge européen : ainsi dans l'affaire SCOR SE<sup>28</sup>, la garantie de l'Etat accordée à la caisse centrale de réassurance pour les risques de catastrophes naturelle pouvait se justifier, en tenant compte de la jurisprudence européenne, par les obligations particulières pesant sur cette caisse.

A l'intervention réelle des cours suprêmes dans le contrôle de constitutionnalité de la loi, répond la prise en compte par le CC de la jurisprudence par elles appliquée.

Les cours suprêmes effectuent un contrôle de constitutionnalité de la loi appliquée en tant que juges du filtre. Les critères nécessaires à la transmission de la QPC sont connus : applicabilité au litige, absence de déclaration préalable de conformité à la constitution et question nouvelle ou présentant un caractère sérieux. Ces critères, et notamment le troisième, permettent à la C.Cass et au CE de vérifier que l'examen des conditions cumulatives a bien été réalisé par le juge du fond mais surtout d'effectuer un véritable tri entre les questions constitutionnelles sur la base de leur caractère sérieux. Ce faisant elles exercent un véritable contrôle de constitutionnalité de la loi appliquée. Les statistiques témoignent d'une certaine stabilité dans la transmission des QPC avec des variations entre CE et C.Cass voire même selon les chambres au sein de la C.Cass. Le maintien d'un taux à peu près constant de renvoi<sup>29</sup> (21,15% et 78,85% de non-renvoi) est toutefois un indice de fonctionnement correct du système !

Les cours suprêmes assurent également la diffusion de la doctrine constitutionnelle. Dans une jurisprudence récente, le CE juge que « les réserves d'interprétation dont une décision du Conseil constitutionnel assortit la déclaration de conformité à la Constitution d'une disposition législative sont revêtues de l'autorité absolue de la chose jugée et lient le juge administratif pour l'application et l'interprétation de cette disposition<sup>30</sup> ». **Cet arrêt témoigne de l'effectivité des décisions QPC dont la teneur est prise en compte par les juridictions administratives et judiciaires, en dépit de quelques contournements à l'exemple de la C.Cass qui a parfois pris appui sur le droit européen pour anticiper l'abrogation d'une disposition législative décidée par le CC.**

**Six ou 7 décisions ont été rendues depuis la mise en œuvre de l'état d'urgence<sup>31</sup> en janvier 2015 ?**

<sup>28</sup> - N° 2013-344 QPC du 27 septembre 2013, Société SCOR SE [Garantie de l'État à la caisse centrale de réassurance, pour les risques résultant de catastrophes naturelles]

<sup>29</sup> - Le taux de renvoi évolue chaque année : de 24,72% en 2010 à 27,88% en 2016. Corrélativement le taux de non-renvoi est passé de 75,28% en 2010 à 72,12% en 2016.

<sup>30</sup> - CE, 8 Juin 2016, n° 383259 : « Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les commentaires attaqués doivent être annulés en tant qu'ils concernent l'imposition des dividendes ; qu'ils doivent l'être également en tant qu'ils concernent les plus-values de cession, dès lors que, eu égard à l'objectif de sécurité juridique poursuivi par l'article L. 80A du livre des procédures fiscales, les instructions ou circulaires fiscales dont un contribuable peut, dans les conditions définies par cet article, se prévaloir doivent être appliquées littéralement et ne sauraient donc faire l'objet d'une interprétation permettant d'en faire une application conforme aux normes qu'elles doivent respecter ; qu'il suit de là, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, que les requérantes sont fondées à demander l'annulation de l'ensemble des commentaires qu'elles attaquent ; »

<sup>31</sup> - [16 mars 2017 - Décision n° 2017-624 QPC](#), *M. Sofiyan I. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence II]* : « 13. La Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence. Il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la

prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République. Parmi ces droits et libertés figure la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789. / 14. Le douzième alinéa de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955 prévoit qu'une assignation à résidence prononcée par l'autorité administrative dans le cadre de l'état d'urgence peut être d'une durée de douze mois. Il résulte des dispositions non déclarées contraires à la Constitution du treizième alinéa et du quatorzième alinéa que, au-delà de cette durée, elle peut être prolongée pour trois mois de manière renouvelée par cette même autorité. Les deux premières phrases du paragraphe II de l'article 2 de la loi du 19 décembre 2016 autorisent, à titre transitoire, le prononcé d'une nouvelle mesure d'assignation d'une durée maximum de quatre-vingt-dix jours. Ces dispositions portent atteinte à la liberté d'aller et de venir. / 15. En premier lieu, l'assignation à résidence ne peut être prononcée ou renouvelée que lorsque l'état d'urgence a été déclaré. Celui-ci ne peut être déclaré, en vertu de l'article 1er de la loi du 3 avril 1955, qu'« en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou « en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique ». Ne peut être soumise à une telle assignation que la personne résidant dans la zone couverte par l'état d'urgence et à l'égard de laquelle « il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics ». / 16. En deuxième lieu, en vertu de l'article 14 de la loi du 3 avril 1955, la mesure d'assignation à résidence prise en application de cette loi cesse au plus tard en même temps que prend fin l'état d'urgence. L'état d'urgence, déclaré par décret en conseil des ministres, doit, au-delà d'un délai de douze jours, être prorogé par une loi qui en fixe la durée. Cette durée ne saurait être excessive au regard du péril imminent ou de la calamité publique ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence. Enfin, en application du onzième alinéa de l'article 6 de la loi du 3 avril 1955, à l'issue d'une prorogation de l'état d'urgence, les mesures d'assignation à résidence prises antérieurement doivent être renouvelées pour continuer à produire leurs effets. / 17. En troisième lieu, la durée d'une mesure d'assignation à résidence ne peut en principe excéder douze mois, consécutifs ou non. Au-delà de cette durée, une telle mesure ne peut être renouvelée que par périodes de trois mois. Par ailleurs, au-delà de douze mois, une mesure d'assignation à résidence ne saurait, sans porter une atteinte excessive à la liberté d'aller et de venir, être renouvelée que sous réserve, d'une part, que le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics, d'autre part, que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires, et enfin que soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie. / 18. En quatrième lieu, la durée de la mesure d'assignation à résidence doit être justifiée et proportionnée aux raisons ayant motivé la mesure dans les circonstances particulières ayant conduit à la déclaration de l'état d'urgence. Le juge administratif est chargé de s'assurer que cette mesure est adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit. / 19. Sous les réserves énoncées au paragraphe 17, les dispositions contestées, autres que celles déclarées inconstitutionnelles au paragraphe 12, ne sont pas contraires à la liberté d'aller et de venir. Ces dispositions, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent, sous ces mêmes réserves, être déclarées conformes à la Constitution ».

Dans un autre domaine, sur un sujet sociétal très sensible, el juge constitutionnel considère précisément la réalité du terrain. Tel est le cas pour **la procédure collégiale en fin de vie**<sup>32</sup>

### C. Le droit partagé

#### 1) Jurisprudence constante :

**De son côté**, le CC réalise au moyen de la QPC un contrôle de la jurisprudence appliquée. Ce contrôle des décisions de justice n'a lieu que de manière occasionnelle lorsque la question soulevée s'y prête.

Tantôt, pour effectuer son contrôle de la disposition contestée, le Conseil prend appui sur la jurisprudence constante des cours suprêmes. Il a ainsi très rapidement admis qu'il devait apprécier la validité de la loi appliquée en tenant compte de l'interprétation jurisprudentielle constante de celle-ci par les juridictions suprêmes. En effet, «en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à la disposition législative contestée<sup>33</sup>». Il s'agit, en réalité, d'un contrôle incident de la constitutionnalité de la jurisprudence suivie<sup>34</sup>.

**CHSCT**<sup>35</sup> avec décision contraire du CC,

---

<sup>32</sup> - [Décision n° 2017-632 QPC](#) du 2 Juin 2017, *Union nationale des associations de familles de traumatisés crâniens et de cérébro-lésés [Procédure collégiale préalable à la décision de limitation ou d'arrêt des traitements d'une personne hors d'état d'exprimer sa volonté]*

<sup>33</sup> - *Décision n° 2011-127 QPC du 6 Mai 2011, Consorts C. [Faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins], cons.5*

<sup>34</sup> - Michel Fromont, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, 2013, p.220

<sup>35</sup> - [Décision - 2015-500 QPC - Société Foot Locker France SAS \[Contestation et prise en charge des frais d'une expertise décidée par le CHSCT\]](#) : Décision n° 2015-500 QPC, « 4. Considérant qu'il résulte de la jurisprudence constante de la Cour de cassation que, lorsque le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail décide de faire appel à un expert agréé en application de l'article L. 4614-12 du code du travail, les frais de l'expertise demeurent à la charge de l'employeur, même lorsque ce dernier obtient l'annulation en justice de la délibération ayant décidé de recourir à l'expertise après que l'expert désigné a accompli sa mission » ; 10. Considérant toutefois que l'expert peut accomplir sa mission dès que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail fait appel à lui, nonobstant un recours formé par l'employeur dans les plus brefs délais contre la décision du comité ; que, s'il résulte des articles R. 4614-19 et R. 4614-20 du code du travail que le président du tribunal de grande instance statue en urgence, en la forme des référés, sur le recours formé par l'employeur, ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition n'imposent au juge judiciaire saisi d'un recours de l'employeur de statuer dans un délai déterminé ; que l'employeur est tenu de payer les honoraires correspondant aux diligences accomplies par l'expert alors même qu'il a obtenu l'annulation de la

**Hospitalisation sans consentement**<sup>36</sup>: « 20. Considérant, en deuxième lieu, que, si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté ; que, dès lors, les dispositions de l'article L. 333-1 du code de la santé publique, qui confient au directeur de l'établissement le soin d'admettre une personne en hospitalisation sur demande d'un tiers après avoir vérifié que la demande a été établie conformément aux dispositions de l'article L. 333 ou de l'article L. 333-2, ne méconnaissent pas les exigences tirées de l'article 66 de la Constitution ; »

Le Conseil constitutionnel a censuré pour manque de précision une disposition législative définissant le **harcèlement sexuel** qui figurait à l'article 222-33 du code pénal<sup>37</sup>. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité visant l'article L. 1153-1 du code du travail définissant le harcèlement sexuel de manière similaire, la chambre sociale a refusé de la transmettre au Conseil constitutionnel en jugeant que « les dispositions de l'article L. 1153-1 du code du travail, telles qu'interprétées à la lumière de l'article 2 § 1 d) de la Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, et appliquées par les juridictions judiciaires en matière civile, répondent aux objectifs de clarté et d'intelligibilité de la loi et ne méconnaissent aucun des principes constitutionnels invoqués »<sup>38</sup>.

## 2) Changement des circonstances de droit ou de fait :

### **Garde à vue**<sup>39</sup>

---

décision du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ; que la combinaison de l'absence d'effet suspensif du recours de l'employeur et de l'absence de délai d'examen de ce recours conduit, dans ces conditions, à ce que l'employeur soit privé de toute protection de son droit de propriété en dépit de l'exercice d'une voie de recours ; qu'il en résulte que la procédure applicable méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et prive de garanties légales la protection constitutionnelle du droit de propriété ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le premier alinéa et la première phrase du deuxième alinéa de l'article L. 4614-13 du code du travail doivent être déclarés contraires à la Constitution ;

<sup>36</sup>- [Décision - 2010-71 QPC - Mlle Danielle S. \[Hospitalisation sans consentement\]](#)

<sup>37</sup>- Décision n° 2012-240 QPC du 4 Mai 2012, *M. Gérard D. [Définition du délit de harcèlement sexuel]*

<sup>38</sup>- Soc. 11 oct. 2012, n° 12-40059

<sup>39</sup>- [30 juillet 2010 - Décision n° 2010-14/22 QPC M. Daniel W. et autres \[Garde à vue\]](#) « 15. Considérant toutefois que, depuis 1993, certaines modifications des règles de la procédure pénale ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre ont conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale » ;

Tantôt le CC invoque un changement de circonstances de droit pour réinterroger sa propre jurisprudence. Cette théorie du changement des circonstances prend appui sur les décisions de justice. Dans une décision QPC de Juillet 2013, *Société Numéricâble SAS*<sup>40</sup>, le CC a reconnu un double changement des circonstances de droit. Il a tout d'abord considéré que des modifications textuelles introduites postérieurement à une disposition déjà jugée interdisaient de considérer que les dispositions contestées avaient déjà été jugées conformes à la Constitution. Il a par ailleurs relevé que l'évolution de sa propre jurisprudence constituait un changement des circonstances de droit<sup>41</sup>. Il s'agit moins d'un contrôle en tant que tel que de la reconnaissance de la validité constitutionnelle d'une décision de justice fondatrice d'un changement de circonstances<sup>42</sup>.

Par ces deux techniques, la prise en compte de la jurisprudence constante des cours suprêmes et la théorie du changement des circonstances, le CC prend appui sur les décisions de la C.Cass et du CE. Il rejoint ainsi la théorie du droit vivant proposée par le juge italien selon laquelle c'est la constitutionnalité de loi, telle qu'elle est effectivement interprétée constamment et appliquée par le juge ordinaire, qui doit être contrôlée par le juge constitutionnel.

C'est la nature même de ce trilogisme qui va maintenant être analysée par les différents intervenants.

#### D. Le droit vivant

Ce regard concret favorise-t-il une autre approche des dossiers ? C'est vraisemblable lorsqu'on cherche à comprendre quelle est la rétribution d'un détenu dans le cadre de

<sup>40</sup>- Décision n° 2013-331 QPC du 5 Juillet 2013, *Société Numéricâble SAS et autre* [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes], cons. 8

<sup>41</sup>- Sa décision n° [2012-280 QPC](#) du 12 octobre 2012 dans laquelle il a jugé « que, lorsqu'elles prononcent des sanctions ayant le caractère d'une punition, les autorités administratives indépendantes doivent respecter notamment le principe d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 » constituait un changement de circonstances de droit. Dans le même sens voir

- Décision n° 2016-545 QPC *M. Alec W. et autre* [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale] du 24 Juin 2016 : la décision du 18 Mars 2015 EADS constitue un changement de circonstances de droit.
- Décision n° 2011-120 QPC du 8 Avril 2011 *M. Ismaël A.* [Recours devant la Cour nationale du droit d'asile] « 9. Considérant, en dernier lieu, que, si, en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition, la jurisprudence dégagée par la Cour nationale du droit d'asile n'a pas été soumise au Conseil d'État ; qu'il appartient à ce dernier, placé au sommet de l'ordre juridictionnel administratif, de s'assurer que cette jurisprudence garantit le droit au recours rappelé au considérant 87 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 ; que, dans ces conditions, cette jurisprudence ne peut être regardée comme un changement de circonstances de nature à remettre en cause la constitutionnalité des dispositions contestées » ;

<sup>42</sup>- Décision n° 2015-512 QPC du 8 Janvier 2016, *M. Vincent R.* [Délit de contestation de l'existence de certains crimes contre l'humanité]

l'application du droit du travail en prison<sup>43</sup>; lorsqu'on visualise les lieux où se situent les motos-taxis pour trancher un conflit entre taxis et taxis motos<sup>44</sup>; lorsqu'on examine le pouvoir des douanes pour pénétrer dans les bateaux y compris de plaisance, de jour comme de nuit et où qu'ils se situent<sup>45</sup>; lorsqu'on envisage enfin la question de la répartition de la pension de réversion à l'aune de la vie affective d'un chef d'état major des armées<sup>46</sup>. Cette approche nous conduira même à visualiser ce qu'est concrètement un camion de 3,5 tonnes dans l'affaire de l'écotaxe<sup>47</sup>.

## **Fiscal**

### **Embryons<sup>48</sup>**

### **Données de connexion<sup>49</sup>**

## **Conclusion**

Quel avenir pour les contrôles des articles 61 et 61-1 ? Un avenir commun assurément : en ce que les deux contrôles accentuent leur complémentarité si on les envisage comme des éléments d'équilibre de la démocratie et de protection des droits ; en ce qu'ils assurent l'un et l'autre une présence irradiante du Conseil constitutionnel dans toutes les branches du droit, ce qui n'est pas d'ailleurs sans exiger une puissante gymnastique intellectuelle pour les juristes et les membres du Conseil !

## **II. Examen de constitutionnalité et examen de conventionnalité**

### **Charte africaine des droits fondamentaux**

#### **A. L'office des juges**

---

<sup>43</sup>- N° 2013-320/321 QPC du 14 Juin 2013, M. Yacine T. et autre [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées]

<sup>44</sup>- N° 2013-318 QPC du 07 juin 2013, M. Mohamed T. [Activité de transport public de personnes à motocyclette ou tricycle à moteur]

<sup>45</sup>- N° 2013-357 QPC du 29 Novembre 2013, Société Wesgate Charters Ltd [Visite des navires par les agents des douanes]

<sup>46</sup>- N° 2013-348 QPC du 11 octobre 2013, Mme Henriette B. [Répartition de la pension de réversion entre ayants cause de lits différents]

<sup>47</sup>- N° 2013-670 DC du 23 Mai 2013, Loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services des transports

<sup>48</sup>- [01 août 2013 - Décision n° 2013-674 DC](#) *Loi tendant à modifier la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique en autorisant sous certaines conditions la recherche sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires*

<sup>49</sup>- [Décision - 2015-713 DC - Loi relative au renseignement](#) du 23 Juillet 2015 et [Décision - 2015-722 DC - Loi relative aux mesures de surveillance des communications électroniques internationales](#) et [Décision - 2016-590 QPC - La Quadrature du Net et autres \[Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne\]](#)

Les offices des trois « grands » juges français CC ? CE et C.cass ne sont pas identiques

La mise en relation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité est un marronnier de la réflexion constitutionnelle française. Sans revenir ici sur la jurisprudence du CC et notamment la décision IVG de 1975<sup>50</sup> positionnant les rapports entre droit interne et droit international, ou la décision de 2004 relative aux directives de l'UE<sup>51</sup>, on comprend bien aujourd'hui que le contrôle de conventionnalité peut constituer une zone d'affrontement juridique entre les cours suprêmes et le CC.

Rappelons que des positionnements différents de ceux adoptés par le CC français existent. En Belgique, les textes organisent la coexistence entre le contrôle diffus de conventionnalité qui fonctionne sous la surveillance de la C.Cass et le contrôle de constitutionnalité qui est concentré entre les mains de la cour constitutionnelle. Mais cette Cour assure la primauté effective du droit de l'Union. La règle de priorité en faveur de la question préjudicielle de constitutionnalité permet donc de répartir les compétences entre la cour constitutionnelle et les deux autres cours suprêmes.

En France, malgré ou à cause de la jurisprudence Melki<sup>52</sup>, les relations sont plus complexes et évolutives.

### **B. Les glissements et contournements**

Dans l'affaire n°2015-520 QPC<sup>53</sup>, le Conseil constitutionnel a franchi un pas supplémentaire, bien qu'indirect, dans la reconnaissance de la suprématie du droit de l'UE. Il avait été saisi d'une disposition fiscale par laquelle le législateur avait entendu uniformiser un aspect du régime des remontées de dividendes de la société-fille vers la société-mère, quelles que soient les « nationalités » de ces entreprises. Il en résultait la coexistence de deux régimes : la loi nationale continuait de s'appliquer aux situations « nationales » alors que la directive communautaire s'appliquait directement aux situations communautaires. Or la règle communautaire était plus favorable que la règle issue de la loi nationale. Le CC a accepté de censurer cette discrimination dite « à rebours » ou « par ricochet ». Il a considéré qu'une loi peut entraîner une méconnaissance du principe d'égalité lorsqu'en vertu d'une jurisprudence constante, elle est écartée par le juge dans les cas qui entrent dans le champ d'application du droit de l'UE, tandis qu'elle continue de s'appliquer dans les autres cas.

---

<sup>50</sup>- [Décision - 74-54 DC - Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse](#) du 15 Janvier 1975

<sup>51</sup>- [Décision - 2004-496 DC - Loi pour la confiance dans l'économie numérique](#)

<sup>52</sup>- CJUE, 22 juin 2010, [Aziz Melki et Sélim Abdeli, aff. jointes C-188/10 et C-189/10](#),

<sup>53</sup>- Décision n°2015-520 QPC du 3 Février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash [Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote]*.

Est-ce en réaction circonstancielle à cette jurisprudence *Metro Holding* ou par analyse juridique pure, toujours est-il que le 31 Mai 2016, dans une décision *Jacob*<sup>54</sup> rendue en Assemblée, le CE a fait le choix de transmettre une question préjudicielle à la cour de justice de l'UE (CJUE) au lieu d'interroger le CC par une QPC. La question porte alors sur l'imposition des plus-values réalisées lors d'une opération de fusion. Le requérant soutient que les dispositions du code général des impôts<sup>55</sup> lui sont applicables car sa situation est purement nationale, alors qu'elles ne le seraient pas dans une situation communautaire dès lors qu'elles sont contraires à la directive « fusions ». Le régime différencié qui en découle serait, de l'avis du requérant, contraire au principe d'égalité en ce qu'il engendrerait une discrimination défavorable pour la situation nationale. Pour examiner la QPC soulevée par le requérant, le CE s'est fondé sur la décision *Métro Holding*. Il a considéré qu'il fallait d'abord interpréter la directive « fusions » pour savoir si le texte français, lorsqu'il s'applique aux situations communautaires, était ou non contraire à cette directive. A défaut de cette interprétation par la CJUE, puis par le juge administratif, le CE considère que le requérant ne pouvait pas se fonder sur une jurisprudence établie. Selon l'interprétation qui serait en effet donnée du droit de l'UE, le juge fiscal pourrait soit écarter l'article de loi en cause s'il n'était pas compatible avec le droit de l'Union ; soit, à l'inverse, faire application de cet article s'il était compatible avec le droit de l'UE ; soit enfin adopter une interprétation de cet article qui assurerait sa compatibilité avec le droit de l'Union. En l'absence de jurisprudence affirmant que la loi devrait être écartée pour certaines opérations, aucune différence de traitement n'était créée, et la loi restait donc la même pour tous. Elle ne pouvait en conséquence pas être contraire, sur ce fondement, au principe d'égalité et on ne pouvait pas conclure à l'existence d'une discrimination à rebours. Le CE a déduit de cette situation que la QPC posée ne présentait pas, en l'état, de caractère sérieux. Refusant de transmettre la QPC au CC, le CE, pour statuer sur le reste du litige, a posé une question préjudicielle à la CJUE sur le fondement de l'article 267 du TFUE. En fonction de la réponse de la CJUE, le juge pourra déterminer la portée exacte de la loi et le requérant pourra alors, s'il l'estime utile, présenter une nouvelle QPC.

La voie choisie par le CE est fondée sur deux éléments explicatifs : l'absence de jurisprudence constante et le fait que, étant juge de la conventionnalité, il lui revient de transmettre une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg.

<sup>54</sup>- CE, Ass, 31 Mai 2016, *Jacob* n° 393881

<sup>55</sup>- Aux termes du II de l'article 92 B et du I ter de l'article 160 du code général des impôts

Cette affaire soulevait donc une véritable question d'articulation entre QPC et question préjudicielle. Le CE l'a résolue d'une manière qui exclut dans un premier temps le CC alors même que l'esprit et la lettre du constituant de 2008 avaient consacré le caractère prioritaire de la QPC.

### C. Le contrôle de **fondamentalité**

La réforme de la QPC avait pour objet de replacer la protection des droits fondamentaux dans l'orbite du juge constitutionnel dans unedémarche de réappropriation de la constitution par l'ensemble des juridictions

? Des catalogues

Droit à la vie privée Ravon

Validations législatives

Ne bis in idem

Proportionnalité

Il y a des rapports institutionnels qui méritent d'être envisagés et réfléchis, d'autant plus que les cours suprêmes témoignent par ailleurs, dans certains arrêts, d'une évolution des modalités de leur contrôle. Ces évolutions, c'est une question déjà soulevée par Guy Canivet, ne sont pas sans intérêt quant à leurs incidences sur le type de contrôle exercé par le CC. Faudrait-il, pour ce dernier, esquisser le passage d'un contrôle in abstracto vers un contrôle in concreto ?

Dans le cadre de son contrôle abstrait le conseil constitutionnel s'exprime sur les propriétés intrinsèques de la règle de droit. Il n'a pas à prendre en compte l'existence d'une situation juridique particulière. Il considère les effets unifiés du texte.

Deux jurisprudences récentes du juge de l'application de la loi peuvent-elles l'inciter à modifier cette approche ?

- Dans un arrêt du 4 décembre 2013<sup>56</sup> relatif à l'interdiction du mariage entre alliés posée par l'article 161 du code civil, la C.Cass a estimé que le prononcé de la nullité du mariage entre un beau-père et sa belle-fille au moment du décès de l'époux constituait en l'espèce une ingérence injustifiée dans les droits de la femme au respect de sa vie privée, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de 20 ans.

---

<sup>56</sup>- Cass, 1<sup>ère</sup> civ, 4 décembre 2013, n°12-26.066.

- Une jurisprudence plus récente du CE<sup>57</sup> a autorisé l'exportation en Espagne des gamètes du mari décédé de la requérante, conservés par la France, afin qu'il puisse être procédé dans ce pays à une insémination post-mortem. Cette décision d'« exportation » a été prise alors même que la loi française semble poser dans ce domaine un interdit absolu.

Les décisions rendues par les deux cours suprêmes traduisent l'exercice d'un contrôle in concreto les rapprochant du contrôle effectué par la cour européenne des droits de l'homme. En jugeant ainsi, les deux cours suprêmes mettent en œuvre une arme dont le CC ne dispose pas. Il ne lui est en effet pas possible d'écarter, dans un cas d'espèce, une loi qui serait par ailleurs conforme à la constitution. Bien évidemment ce contrôle d'application de la loi, exercé in concreto, est supérieur en terme de garanties des droits au contrôle abstrait. Mais il ne faut pas oublier que lorsque la QPC a été créée l'objectif central de la réforme de 2008 était de placer le contrôle de constitutionnalité au même niveau que le contrôle de conventionalité.

Face à ces subtiles avancées dans l'exercice du contrôle de proportionnalité et si les recours ne s'organisent pas correctement au bénéfice du justiciable, le CC, au-delà même de toute forme nouvelle de maîtrise de la conventionalité, ne serait toutefois pas sans stratégie d'évolution possible :

- il dispose en effet des réserves d'interprétation qui lui permettent d'atténuer les effets d'une loi dans le sens qu'il juge indispensable à la protection des droits constitutionnels ;
- rien d'interdit non plus de penser à une utilisation amplifiée de l'art 62 al 2 de la constitution<sup>58</sup>. Cet article pourrait permettre de régler, non pas seulement dans la forme, dans le temps, mais peut-être aussi au fond (« les conditions et limites ») le suivi singulier des effets des décisions du Conseil, leur conférant ainsi un effet utile amplifié ;
- on pourrait aussi imaginer, mais il s'agirait alors d'un changement profond du système existant, de déployer une QPC sans filtre : le CC disposerait alors d'un droit d'évocation qui lui permettrait d'aller piocher dans le stock des cours suprêmes pour trancher les questions principales.

---

<sup>57</sup>- CE, Assemblée, 31 mai 2016, Mme G..., n° 396848, A.

<sup>58</sup>- « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. ».

