

N° 380339

M. T...

10^{ème} et 9^{ème} sous-sections réunies

Séance du 14 janvier 2015

Lecture du 23 janvier 2015

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

A l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir contre celles des dispositions de l'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014, relative à l'économie numérique, qui portent sur les noms de domaine internet de premier niveau, M. T... a formé une question prioritaire de constitutionnalité dirigée contre la loi d'habilitation à l'origine de cette ordonnance, qui n'a pas été examiné avant sa promulgation par le Conseil constitutionnel.

Il vous saisit ce faisant de l'intéressante question de savoir si, et dans quelle mesure, une QPC peut utilement être formée contre une loi habilitant le Gouvernement à intervenir dans les domaines normalement réservés au législateur sur le fondement de l'article 38 de la Constitution.

Deux séries de considérations contradictoires viennent à l'esprit à l'énoncé d'une telle question.

On a tendance, en première part, à penser qu'une loi d'habilitation ne saurait, par elle-même, faire grief et, de ce fait, porter par elle-même atteinte à quelque droit ou liberté garanti par la Constitution.

La loi d'habilitation diffère de ce point de vue des dispositions législatives renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de prendre certaines mesures, qui, bien que parfois qualifiées d'habilitations, font obligation au gouvernement de les édicter et peuvent, à ce titre, porter en elles-mêmes la méconnaissance d'une liberté ou d'un droit. La loi d'habilitation de l'article 38 ne fait pour sa part qu'ouvrir une possibilité au pouvoir réglementaire, qui peut omettre de s'en saisir dans le délai imparti sans autre sanction que la caducité de l'habilitation. Pour prendre un exemple caricatural, mais que nous pensons parlant, une disposition législative qui renverrait à un décret en Conseil d'Etat le soin de rétablir la peine de mort méconnaîtrait évidemment les droits et libertés garantis par l'article 66-1 de la Constitution ; une loi habilitant le gouvernement à rétablir la peine de mort par ordonnance ne ferait qu'ouvrir la possibilité de les méconnaître.

La loi d'habilitation se rapproche, de ce point de vue, des dispositions d'une loi de programmation prise sur le fondement de l'antépénultième alinéa de l'article 34 de la Constitution, que vous avez jugées insusceptibles de QPC au motif qu'elles se bornent à fixer des objectifs à l'action de l'Etat par une décision *Fédération nationale des chasseurs et Fédération départementale des chasseurs de la Meuse* (CE, 18 juillet 2011, n° 340512, p., concl. Mattias Guyomar). Une parenté lointaine peut également être relevée avec les dispositions d'une loi autorisant la ratification d'un traité, contre lesquelles une QPC ne peut pas non plus être utilement formée en vertu de votre décision *R...* (CE, 14 mai 2010, n° 312305, p. 165), au motif qu'elle n'ont d'autre objet que de

1

permettre une telle ratification et sont dès lors, « par leur nature même, insusceptibles de porter atteinte à des droits et libertés au sens des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution ».

Bref, la nature particulière de l'habilitation laisse spontanément penser qu'une QPC ne saurait la viser sans manquer sa véritable cible. C'est d'ailleurs ce que semble avoir discrètement jugé une décision de sous-section jugeant-seule non fichée (CE, 22 février 2012, *Mme B...*, n° 354287), par laquelle la 6ème sous-section a refusé de transmettre une QPC portant sur les dispositions d'une loi habilitant le législateur à étendre ou adapter à Mayotte certaines dispositions prises antérieurement au changement de statut de cette collectivité au motif que ces dispositions, « *en se bornant à habiliter le Gouvernement à modifier la législation nationale sur la profession d'huissier de justice pour la rendre applicable à Mayotte, ne sont pas de nature, par elles-mêmes, à porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* ».

Même si nous pensons que c'est bien cette conclusion qui doit *in fine* prévaloir, nous ne pouvons passer sous silence l'autre série de considérations, tenant à ce que le Conseil constitutionnel effectue, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, une série de vérifications sur les lois d'habilitation qui semble faire obstacle à une immunité pure et simple dans le cadre du contrôle *a posteriori*.

Deux des quatre contrôles opérés par le Conseil constitutionnel sur les lois d'habilitation ne nous arrêtent en rien. Il s'agit, d'une part, du contrôle de procédure, consistant à vérifier que l'habilitation provient bien d'une demande du Gouvernement et non d'une proposition de loi ou d'un amendement parlementaire (n° 2004-510 DC, 20 janvier 2005, cons. 28 et 29), et d'autre part du contrôle de compétence, consistant à vérifier que l'habilitation n'empiète pas sur les domaines que la Constitution réserve aux lois organiques, aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale (n° 2004-506 DC, 2 décembre 2004, cons. 6) ni ne se greffe sur les articles 73 ou 74 de la Constitution (pour l'article 73 : n° 2007-547 DC, 15 février 2007, cons. 37 et 41 ; n° 2011-636 DC, 21 juillet 2011, cons. 4 ; pour l'article 74 : n° 2007-559 DC, 6 décembre 2007, cons. 41). Dans ces deux hypothèses, on voit bien que les règles constitutionnelles en cause touchent à la procédure d'adoption des lois d'habilitation et que les droits et libertés dont l'article 61-1 permet de censurer la méconnaissance ne sont pas en jeu.

A la réflexion, nous ne sommes pas gênée non plus par le contrôle que fait le Conseil constitutionnel du degré de précision de l'habilitation (décision n° 99-421 DC, 16 décembre 1999, cons. 12, 14, 16 et 23). On pourrait penser que, de même que la QPC laisse place, dans les conditions posées par la jurisprudence dite *SNC Kimberley Clark* (décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010), à une contestation de l'incompétence négative du législateur, pourvu que soit affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit, elle pourrait également, sous la même réserve, donner prise à une censure de l'insuffisante précision de la loi d'habilitation. Mais à la réflexion, le raisonnement *Kimberley Clark* ne nous semble pas transposable. Dans le cas de l'incompétence négative, la vérification du Conseil constitutionnel porte bien sur la substance de ce qu'a prévu le législateur, et vise à s'assurer qu'il n'a pas, en laissant la main au pouvoir réglementaire dans une matière que l'article 34 lui réserve pourtant, laissé sans garantie législative un droit ou une liberté dont il lui appartient d'assurer l'effectivité. Dans le cas de l'imprécision d'une habilitation de l'article 38, la vérification tient plutôt de la procédure, puisqu'il s'agit de vérifier que le Gouvernement a indiqué au Parlement, duquel il sollicite l'autorisation d'agir par ordonnance, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnance avec suffisamment de précision, afin de justifier sa demande et de permettre au Parlement un consentement éclairé. D'ailleurs, quand bien même le contrôle viserait à s'assurer qu'il n'y a pas dévolution au pouvoir réglementaire d'une trop grande marge de manœuvre, l'enjeu ne serait pas le même que dans le cas de l'incompétence négative, puisqu'il est dans la nature même du jeu de l'article 38 de permettre à ce dernier d'intervenir dans le

domaine de la loi : permettre de contester par la voie de la QPC une habilitation trop large reviendrait donc à contester le principe même du recours à l'article 38, ce que votre jurisprudence interdit (CE, 5 février 2014, *Société d'édition de Canal Plus*, n° 373258, p., à propos de la rétroactivité des lois de ratification)

Au total, le seul contrôle qui nous arrête est celui que fait porter le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle *a priori*, sur le fond des lois d'habilitation. Le Conseil constitutionnel considère en effet qu'il lui appartient, d'une part, de vérifier que la loi d'habilitation ne comporte aucune disposition qui permettrait de méconnaître les règles et principes de valeur constitutionnelle, d'autre part, de n'admettre la conformité à la Constitution de la loi d'habilitation que sous l'expresse condition qu'elle soit interprétée et appliquée dans le strict respect de la Constitution (25 juin 1986: n° 86-207 DC, cons. 15 et 27 ; 30 déc. 1995, n° 95-370 DC, cons. 28). La matière du découpage électoral fournit de bons exemples de l'effectivité de ce contrôle de fond : dans sa décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986 (cons. 20 et 21), le Conseil constitutionnel, saisi d'une loi n° 86-825 du 11 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions législatives, a formulé une réserve d'interprétation sur la disposition prévoyant que les écarts de population entre circonscriptions ne pouvait être supérieurs à 20 %, afin que le principe d'égalité devant le suffrage soit respecté ; dans sa décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, il a censuré au nom du même principe deux dispositions de la loi n° 2009-39 du 13 janvier 2009, qui permettaient de moduler le découpage en fonction de l'évolution respective de la population et des électeurs et instaurent un seuil minimal de deux députés par département.

On voit mal en quoi le moment d'examen de la constitutionnalité de la loi d'habilitation – avant sa promulgation dans le cadre du contrôle *a priori* ou après celle-ci, et même après l'adoption de l'ordonnance, par la voie de la QPC –, pourrait rétroagir sur la nécessité de ce contrôle. Et le principe d'égalité devant le suffrage constitue bien un droit substantiel mobilisable en QPC. Il semble donc qu'il faille, pour respecter la conception que le Conseil constitutionnel a de son office relatif aux lois d'habilitation, admettre qu'une QPC puisse être formée contre une telle disposition législative.

Mais à la réflexion, ce dernier constat nous semble compatible avec celui que nous faisons tout à l'heure de l'insusceptibilité d'une disposition se bornant à habilitier le Gouvernement à porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Nous restons convaincue qu'en tant qu'elle se borne à habilitier le Gouvernement à prendre une ordonnance, une loi d'habilitation ne peut jamais faire utilement l'objet d'une QPC. Ce n'est qu'en tant qu'elle peut être amenée à fixer, le cas échéant, des conditions à l'intervention du Gouvernement pour le cas où il se saisirait de l'habilitation consentie qu'elle peut être justiciable de cette procédure. Pour reprendre l'exemple que nous donnions tout à l'heure, une loi qui habiliterait le Gouvernement à modifier les peines associés à certains crimes, et qui préciserait qu'alors, le Gouvernement serait tenu de faire figurer la peine de mort au sein des nouvelles peines, pourrait être contestée en tant qu'elle pose cette dernière condition. Ce sont bien des conditions de ce type – simplement moins spectaculairement inconstitutionnelles – , que le CC a censuré dans ses deux décisions précitées.

Avant d'en finir sur notre conviction selon laquelle une loi d'habilitation ne peut, en tant qu'elle habilite, faire l'objet d'une QPC, nous voudrions faire une remarque et apporter une précision.

La remarque : il serait tout à fait fâcheux que l'immunité constitutionnelle *a posteriori* ainsi consacrée puisse créer un angle mort du contrôle juridictionnel des ordonnances

elles-mêmes. Ce serait le cas si on estimait que, l'ordonnance n'étant pas ratifiée¹, le Gouvernement pourrait à l'occasion de son contrôle par le Conseil d'Etat faire jouer aux dispositions d'habilitation le rôle de loi écran à l'encontre de moyens de fond arguant de la méconnaissance d'un droit ou d'une liberté fondamentale. Mais il nous semble précisément que des dispositions d'habilitation ne sauraient faire écran, précisément parce qu'elles ne prescrivent rien. Ce constat vaut à nos yeux quoi qu'il en soit du degré de précision de l'habilitation : ce n'est pas une question d'intensité plus ou moins forte de l'écran législatif, mais le constat d'une absence totale d'écran.

La précision : nous ne pensons pas que la solution d'inapplicabilité structurelle à tout litige, que vous avez retenue s'agissant des lois de programmation et des lois de ratification d'un traité, puisse jouer pour les lois d'habilitation compte tenu de la conception que vous avez développé de la notion d'applicabilité. De manière générale, vous jugez toujours applicable au litige la base légale de l'acte contesté (CE, 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, n° 306643, p.). Estimer, dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une ordonnance non ratifiée, que la loi d'habilitation à prendre cette ordonnance est inapplicable au litige nous semble inenvisageable. S'il fallait exprimer en termes généraux l'impossibilité de former une QPC contre une loi d'habilitation, nous dirions donc plutôt, comme le fait la décision *Mme B...* précitée, que de telles lois sont insusceptibles de porter atteinte à des droits et libertés au sens des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution, ce qui revient à dire qu'elles sont structurellement dépourvues de sérieux.

En l'espèce, la disposition législative contestée – le a du 5° de l'article 1^{er} de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 – se borne à habiliter le gouvernement à prendre toutes dispositions « Assurant la conformité au droit de l'Union européenne des dispositions législatives du code des postes et des communications électroniques relatives aux domaines internet de premier niveau correspondant au territoire national ». Nous n'avons donc aucun doute à dire que, tout applicable au litige qu'elle est², elle ne saurait méconnaître les droits et libertés fondamentaux.

En tout état de cause, les moyens d'inconstitutionnalité ne portent pas sur des droits et libertés garantis par la Constitution :

– le premier invoque une méconnaissance de l'article 38 de la Constitution, qui réserverait le recours à l'ordonnance aux matières relevant « normalement » du domaine de la loi, à l'exclusion des matières relevant « exclusivement » de l'article 34 : cela n'a aucun sens et revient en réalité à contester le recours à la procédure de l'article 38 en l'espèce, ce qui n'entre pas dans le champ de l'article 61-1 de la Constitution ;

– le second invoque l'article 62 relatif au droit au recours effectif, mais uniquement de façon combinée avec les articles 38, 55 et 88-1 de la Constitution, de sorte que vous ne pourrez rien en faire. En effet :

- nous venons de vous dire que l'article 38 n'était pas invocable en QPC ;
- vous avez jugé que l'article 55 ne l'était pas non plus, en tout cas pas

¹ Lorsqu'elle est ratifiée, l'ordonnance devient bien entendu susceptible de QPC, sans que l'habilitation ne puisse plus jouer aucun rôle dans le débat, dès lors que le Conseil constitutionnel estime depuis sa décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 - Loi de simplification du droit « qu'est inopérant à l'encontre d'une loi de ratification le grief tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation » (cons. 25 et 36).

² D'autant qu'en l'espèce, l'un des moyens de fond dirigé contre l'ordonnance est tiré de la méconnaissance du champ de l'habilitation.

lorsque son invocation revient comme en l'espèce à critiquer la méconnaissance par la loi d'un engagement international sous couvert de constitutionnalité (CE, 4 juillet 2012, *Association départementale agréée de pêche amateur*, n° 359164) ;

– vous avez fait le même raisonnement s'agissant de l'article 88-1 de la Constitution, qui appelle le même raisonnement (CE, 23 octobre 2014, *M. K...*, *M. D...*, n° 382619 ; CE, 12 avril 2013, *Sté Nokia France*, n°s 357120 357121).

Dès lors la question, qui ne nous semble pas devoir être regardée comme nouvelle, est en tout état de cause dépourvue de sérieux.

PCMNC – Non transmission.