

A mentionner aux tables

CONCLUSIONS

Mme Gaëlle DUMORTIER, rapporteur public

1- Le 16 janvier 2008, par une décision *société Leroy-Merlin* n° 296528 Rec. 9 aux conclusions contraires de Rémi Keller, vous avez jugé que l'arrêté préfectoral fixant la composition de la commission départementale d'équipement commercial appelée à statuer sur une demande d'autorisation de création d'un équipement commercial devait, dans la rédaction alors en vigueur de l'article R. 752-6 du code de commerce – cette rédaction a par la suite été modifiée, outre que la composition de la commission départemental a changé - préciser l'identité des représentants éventuels des élus et autorités appelés à y siéger. Vous avez en effet indiqué que cet arrêté « *doit permettre de connaître à l'avance l'identité des personnes susceptibles de siéger par la désignation des membres qui composent [la CDEC], soit, en vertu de la qualité au nom de laquelle elles sont appelées à siéger, lorsque cette mention suffit à les identifier, soit, dans l'hypothèse où un membre peut se faire représenter par l'indication nominative de la personne qui pourra le représenter.* »

Cette décision a mis fin à une période d'incertitude car des positions divergentes avaient été adoptées par les juges du fond sur cette question. Mais en raison aussi de ce que cette exigence n'était pas claire, d'autant que l'article R. 752-6 ne la posait pas expressément, le législateur s'est avisé que toutes les autorisations délivrées par des commissions départementales d'équipement commercial, non définitives, risquaient d'être annulées pour ce seul motif, les arrêtés préfectoraux n'ayant en général pas été nominatifs. Cette conséquence lui est apparu disproportionnée et il a donc, dans la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, adopté au IV de l'article 102 la disposition suivante :

« Sont validées, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, les autorisations d'exploitation d'équipements commerciaux délivrées jusqu'au 1^{er} janvier 2009, en tant qu'elles seraient contestées par le moyen tiré du caractère non nominatif de l'arrêté préfectoral fixant la composition de la commission départemental d'équipement commercial ayant délivré l'autorisation ».

La société Auxa soutient que cette disposition méconnaît deux droits garantis par l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et des citoyens, les droits de la défense et la séparation des pouvoirs. Elle a soulevé sur ce point une question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion de l'instance qu'elle a engagée devant le tribunal administratif de Grenoble, qui vous l'a transmise.

2- Cette question est recevable.

La disposition attaquée, qui n'a pas été déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, est applicable au litige. En effet, la société Auxa a attaqué devant le tribunal administratif de Grenoble l'autorisation délivrée le 12 octobre 2007 par la commission départemental d'équipement commercial de la Savoie à la société Le Modanais Distribution en vue de la création d'un supermarché. Et elle a soulevé un moyen tiré du caractère non nominatif de l'arrêté préfectoral de désignation des membres de cette commission qui, selon elle, était fondé et aurait donc suffi à lui permettre d'obtenir l'annulation demandée.

3- Quant aux droits de la défense et à la séparation des pouvoirs, que le Conseil constitutionnel tire en effet de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de juger qu'ils pouvaient être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (voyez, pour les droits de la défense : Cons. Const. 30 juillet 2010 « garde à vue » cons. 21 n° 2010-14/22 QPC ; Cons. Const. 26 novembre 2010 *M. Claude F.* 2010-69 QPC cons. 4 ; Cons. Const. 17 décembre 2010 2010-62 QPC ; et pour la séparation des pouvoirs Cons. Const. 22 septembre 2010 *commune de Besançon et autres* 2010-29/37 QPC cons. 13, à propos d'une validation législative).

4- La question n'est donc pas nouvelle. Elle ne nous apparaît pas non plus sérieuse.

4.1- Le commentateur aux cahiers de la décision du 14 octobre 2010 *société Plombinoise de Casino* n° 2010-53 QPC a très complètement rappelé quelle avait été l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les validations législatives.

Le principe constamment rappelé par le Conseil constitutionnel est que la non-rétroactivité des lois ne revêt de valeur constitutionnelle en vertu de l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 qu'en matière répressive (18 janvier 1985 *loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises* n° 84-183 DC cons. 4 Rec. 32 ; 25 et 26 juin 1986 *diverses mesures d'ordre économique et social* n° 86-207 DC cons. 35 Rec. 61). Néanmoins, le Conseil constitutionnel a progressivement encadré la faculté pour le législateur d'adopter des dispositions rétroactives dans les matières non répressives, en particulier en matière fiscale.

Il a d'abord, dans une décision du 22 juillet 1980 *validation d'actes administratifs* n° 80-119 DC, posé trois conditions à la constitutionnalité des lois de validation : l'existence d'un intérêt général, le respect du principe de non-rétroactivité en matière pénale et celui des décisions de justice passées en force de chose jugée (cons. 6, 7 et 9).

Il a ensuite affiné ses exigences et, dans une décision du 7 février 2002 *validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française* n° 2002-458 DC, il a énuméré les cinq conditions auxquelles il subordonne aujourd'hui la validation par le législateur d'un acte administratif dont une juridiction est saisie ou est susceptible de l'être (voir le commentaire aux cahiers de cette décision pour un rappel des décisions sources de ces cinq exigences) : un intérêt général suffisant (il opère donc un contrôle de proportionnalité qui le conduit, selon le commentateur de la décision aux cahiers, à évaluer de façon réaliste les conséquences d'une non-validation) ; le respect des décisions de justice ayant force de chose jugée ; le respect de la non-rétroactivité des peines et sanctions ; l'acte validé ne doit méconnaître aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le but d'intérêt général visé par la validation soit lui-même de valeur constitutionnelle ; enfin la portée de la validation doit être strictement définie.

Dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité, il a, dès sa décision n° 2010-2 QPC du 11 juin 2011 sur la loi dite anti-Perruche, que votre formation connaît bien, réaffirmé le nécessaire respect de ces conditions. Il a eu depuis plusieurs occasions de se prononcer sur des lois de validation transmises par des QPC (voir, notamment, les décisions n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010 *M. Alain C.*, 2010-29/37 QPC *commune de Besançon* précitée du 22 septembre 2010, celle du 14 octobre 2010 déjà évoquée, enfin celle du 10 décembre 2010 *société Innoma* n° 2010-78 QPC par laquelle elle a déclaré la disposition législative déferée contraire à la Constitution).

4.2- S'agissant de la disposition législative qu'elle conteste, la requérante ne la critique qu'au titre de l'une des cinq conditions posées, à savoir le caractère suffisant de l'intérêt général. Elle admet en revanche, comme nous le pensons aussi, que les autres conditions de la constitutionnalité de la validation législative sont remplies, notamment sa définition stricte et le respect des décisions de justice passées en force de chose jugée. La validation opérée n'entre pas non plus dans le champ de la matière répressive.

a- Deux éléments peuvent paraître il est vrai susciter une hésitation quant au caractère suffisant de l'intérêt général s'attachant à cette validation.

D'une part, la circonstance que le nombre de décisions susceptibles d'être validées ne soient, selon les chiffres donnés par le ministre de l'économie, qu'au nombre de 122. Le Conseil constitutionnel pourrait trouver qu'il est plus faible que celui pour lesquels il a déjà pu admettre le caractère suffisant de l'intérêt général (un millier, dans sa décision du 7 février 2002 précitée).

D'autre part, la circonstance que votre décision *Leroy-Merlin* se justifiait par la nécessité de permettre aux pétitionnaires de vérifier, à l'avance, l'impartialité des membres appelés à siéger à la CDEC, en ayant la possibilité de les identifier. Il s'agissait donc d'une garantie importante pour les pétitionnaires.

b- Ils ne nous paraissent toutefois pas contrebalancer, dans le raisonnement de proportionnalité à mener, ceux qui plaident dans le sens d'un intérêt général suffisant.

Sur le premier plateau de la balance, le moyen neutralisé par la validation législative doit être ramené à sa juste mesure.

D'abord, si votre décision *Leroy-Merlin* doit permettre au pétitionnaire de connaître à l'avance l'identité des personnes appelées à siéger à la CDEC, la disposition ne valide sur ce point que les décisions d'autorisation. Dans une telle hypothèse, le pétitionnaire n'a subi aucun préjudice puisqu'il a obtenu l'autorisation qu'il sollicitait.

En second lieu, le caractère nominatif de l'arrêté tel que l'exige votre décision *Leroy-Merlin* s'assimile assez largement à une exigence de forme. La mention exigée n'a aucune portée sur l'identité de la personne appelée à siéger, elle a pour seul effet que cette identité puisse être connue du pétitionnaire. Même sous l'angle d'une exception d'illégalité de la décision de la CDEC et avec une portée sur les garanties offertes à l'administré, l'irrégularité qui se trouve sanctionnée est surtout un manquement à une obligation en quelque sorte de publicité.

Or, le Conseil constitutionnel admet beaucoup plus facilement une validation législative dans une telle hypothèse, car elle n'a pas pour effet de changer les règles de fond d'un régime juridique (voyez la décision du 7 février 2002 précitée, cons. 4, dans laquelle il relève « *que*

l'intérêt général qui s'attache à une telle validation l'emporte sur la mise en cause des droits des contribuables qui résulterait de l'irrégularité de pure forme que la validation a pour effet de faire disparaître »). Il a même, dans sa décision précitée *société Plombinoise de Casino*, ainsi qu'il l'avait déjà fait dans une décision du 29 décembre 1999 *loi de finances rectificatives pour 1999* n° 99-425 DC (cons. 11), opéré un tel raisonnement pour admettre la neutralisation d'un moyen d'incompétence du pouvoir réglementaire lors du changement de qualification d'un prélèvement en imposition de toutes natures, en relevant que le législateur avait entendu « éviter que ne se développent, pour un motif tenant à la compétence du pouvoir réglementaire, des contestations dont l'aboutissement, eu égard aux montants financiers en jeu, aurait pu entraîner, pour l'État et les autres bénéficiaires des produits en cause, des conséquences gravement dommageables » (cons. 5).

En troisième lieu, comme nous vous l'avons dit, votre décision *Leroy-Merlin* est intervenue dans un contexte dans lequel il était fort difficile à l'autorité administrative de savoir qu'une telle obligation était mise à sa charge. Il y a d'ailleurs été mis fin moins d'un an après par une modification de rédaction, ce qui tend à montrer qu'elle n'était pas dans les intentions du pouvoir réglementaire. Les juridictions avaient eu des positions divergentes sur cette question et Rémi Keller n'avait pas conclu dans le sens de votre décision *Leroy-Merlin*, qu'il estimait excessivement formaliste. Il est donc clair que l'annulation des décisions des CDEC intervenues en méconnaissance de l'exigence que vous avez posée sanctionne une faute qui pouvait se comprendre et lui donne une résonance que le législateur a pu trouver injustifiée. Or, le Conseil constitutionnel a déjà admis également de prendre en compte la circonstance que la pratique antérieure à une décision du Conseil d'Etat qui la censure soit validée lorsqu'elle était très courante et apparemment conforme jusque-là à la jurisprudence (29 décembre 1999 *loi de finances rectificatives pour 1999* précitée, cons. 15). Et pour reprendre le raisonnement du commentateur aux cahiers de la décision *société Innoma*, « milite dans le sens [d'un intérêt général] le fait que le législateur a réagi très rapidement au changement de jurisprudence dans le but de sauvegarder la sécurité juridique et d'éviter les effets d'aubaine ».

Or, sur le deuxième plateau de la balance, le poids de cette irrégularité apparaîtrait démesuré en l'absence de validation, alors qu'à l'inverse la validation est très circonscrite.

Les 122 annulations à attendre de cet « effet d'aubaine » en l'absence de validation mettent directement en effet en péril, selon les chiffres du ministre, 2 850 emplois équivalents temps plein – sans parler de ceux des fournisseurs et prestataires de services des équipements commerciaux –.

Même si les équipements pourraient faire l'objet d'une nouvelle demande d'autorisation, cette autorisation, qui devrait d'ailleurs être examinée sous l'empire de la législation issue de la nouvelle loi, pour laquelle ils n'ont pas été conçus, ne pourraient plus être légalement exploités pendant l'intervalle, sous peine de sanctions pénales ou administratives. Les conséquences ne seraient donc pas uniquement financières, – un intérêt financier ne pouvant, du moins en lui-même et s'il est limité, être regardé comme un but d'intérêt général suffisant : Cons. Const. 28 décembre 1995 n° 95-369 DC cons. 33 à 35 Rec. 257 ; Cons. Const. 11 décembre 2003 *loi de financement de la sécurité sociale pour 2004* n° 2003-486 DC cons. 22 à 24 -. Outre les emplois menacés, les consommateurs risqueraient de se trouver dépourvus pendant une assez longue période d'un équipement commercial qui, lorsqu'il a été autorisé, été apparu justifié. Il est donc réducteur de s'en tenir au nombre de 122 autorisations en voie d'annulation, car l'effet de levier de ces autorisations n'est pas négligeable. C'est une véritable réaction en chaîne sur toutes les relations contractuelles nouées par les pétitionnaires qui serait entraînée par leur annulation, pour ce seul motif.

La sécurité juridique est elle aussi une exigence constitutionnelle, que le Conseil constitutionnel tire d'ailleurs du même article 16 de la déclaration de 1789, et avec laquelle les autres principes et règles à valeur constitutionnelle doivent se concilier, ainsi que le rappelle le commentaire aux cahiers que nous vous avons cité. Son importance va croissant, comme en témoigne la faculté désormais ouverte au Conseil constitutionnel par l'article 62 de la Constitution de différer dans le temps les effets des annulations qu'il prononce. Dans une décision du 13 janvier 1994 *loi relative à la santé publique et à la protection sociale* n° 93-332 DC, il a déjà admis que le législateur puisse prendre des dispositions rétroactives pour régler pour des raisons d'intérêt général les situations nées de divergences de jurisprudence (cons. 14) et le caractère non nominatif des arrêtés préfectoraux est né d'une divergence de jurisprudences, ajoutée au surplus à un texte qui ne posait nullement cette exigence.

Enfin, l'atteinte aux droits de la défense apparaît circonscrite au strict minimum puisque seules les décisions d'autorisation sont en cause – ce sont les seules dont l'annulation pour ce motif mettrait en danger de façon disproportionnée des projets déjà exécutés et des emplois – et que seul ce moyen, précisément délimité, est neutralisé. L'examen de la légalité des projets autorisés reste entièrement ouvert pour tous les autres motifs.

Il ne nous semble pas non plus que vous vous trouviez dans une situation aussi déséquilibrée que dans la décision *société Innoma* précitée du 10 décembre 2010, dans laquelle le Conseil constitutionnel a censuré une validation législative en estimant qu'elle portait une atteinte excessive aux droits des parties. La disposition de validation était dans une certaine mesure comparable à celle qui vous est soumise aujourd'hui parce qu'elle privait de portée un moyen né de l'une de vos jurisprudences – en l'occurrence votre décision d'assemblée 7 juillet 2004 *ministre de l'économie contre société Ghesquière Equipement* n° 230169 Rec. 310, abandonnant partiellement la théorie de l'intangibilité du bilan d'ouverture du premier exercice non prescrit -. Mais elle l'excédait de beaucoup sur un point : elle était totalement asymétrique, en privant le seul contribuable du bénéfice de votre nouvelle jurisprudence, l'administration fiscale pouvant quant à elle choisir entre votre jurisprudence et la loi de validation. Rien de tel en l'espèce. Certes, comme seules les autorisations sont validées sur ce point, il y a une forme d'asymétrie entre les pétitionnaires et leurs opposants. Néanmoins, comme nous vous l'avons dit, il n'y aurait aucun intérêt général suffisant à préserver des décisions de refus des CDEC, ce qui impliquait que seules les décisions d'autorisations fussent concernées. Et s'agissant de ces décisions d'autorisation, toutes les parties sont en principe soumises à la validation, dans un contentieux qui est très rarement bilatéral mais beaucoup plus souvent triangulaire, voire multilatéral.

Ce raisonnement a été le vôtre, dans une décision du 18 novembre 2009 *société Etablissement Pierre Fabre* à mentionner aux tables, pour admettre que la validation présentait l'impérieux motif d'intérêt général requis pour être conforme à l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il nous semble qu'elle remplit donc, presque *a fortiori*, l'intérêt général seulement « suffisant » requis par la Constitution.

Même si la conventionnalité d'une disposition législative ne préjuge pas de sa constitutionnalité, il arrive souvent que les raisonnements soient comparables. En l'espèce ils le sont, la cour européenne opérant elle aussi sur les lois de validation un contrôle de proportionnalité, d'ailleurs plus sévère que le Conseil constitutionnel, qui reconnaît toujours au législateur un pouvoir général d'appréciation d'une nature différente du sien. En outre, le commentateur aux cahiers de la décision « bilan » du 7 février 2002 soulignait que la

jurisprudence du Conseil constitutionnelle avait évolué en concordance, notamment, avec la Cour européenne des droits de l'homme et, en l'espèce, les arguments par lesquels Yves Struillou vous avait convaincus d'admettre la conventionnalité de la validation rejoignent assez largement ceux par lesquels nous avons estimé qu'elle pouvait être regardée comme conforme à la Constitution. Ce sont ceux que vous avez exhaustivement repris dans votre décision en le suivant.

Par ces motifs nous concluons à ce que la question ne soit pas renvoyée au Conseil constitutionnel.