

N° 439789

M. L...

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 25 septembre 2020

Lecture du 30 septembre 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

La question prioritaire de constitutionnalité, greffée au recours en excès de pouvoir qui vient d’être appelé, va vous conduire à préciser la notion d’applicabilité au litige, condition requise pour sa transmission au Conseil constitutionnel.

1. M. L..., président du conseil départemental de la Manche, a demandé au Premier ministre de prendre un décret précisant l’article 432-14 du code pénal.

Cet article dispose qu’ *« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession. »*

Le requérant estime que la notion d’« avantage injustifié » qui y figure est trop imprécise. Sa demande est intervenue dans le contexte de l’ouverture d’une enquête préliminaire pour délit d’octroi d’avantage injustifié en lien avec la passation d’un marché public par le département.

Par une décision implicite du 14 mai 2020, le Premier ministre a rejeté cette demande. M. L... vous saisit d’un recours en excès de pouvoir tendant à l’annulation de cette décision implicite de rejet et il soulève à cette occasion une question prioritaire de constitutionnalité.

2. En tant que président d’un conseil départemental, M. L... fait partie des autorités susceptibles d’être concernées par l’article 432-14 du code pénal. Il est, au surplus, comme nous le disions, visé par une procédure pénale dans le cadre du délit de favoritisme. On peut donc estimer qu’il a intérêt à agir.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

En revanche, nous pensons que l'applicabilité au litige de la question prioritaire de constitutionnalité est loin d'être évidente.

Formellement, la question pourrait être regardée comme applicable au litige puisque c'est l'imprécision de l'article 432-14 du code pénal qui est critiquée et impose, selon le requérant, qu'un décret soit pris en application de ce texte.

Toutefois, ce qui a été demandé au Premier ministre relève, sans aucun doute, du domaine de la loi. En matière pénale, l'article 34 de la Constitution n'interdit certes pas au législateur de faire référence à des obligations fixées au niveau réglementaire, mais la définition même des incriminations relève du domaine de la loi. Il est donc certain que le Premier ministre n'est pas compétent pour prendre le décret demandé et que son refus implicite est fondé.

En d'autres termes, quelle que soit l'issue de la question prioritaire de constitutionnalité si vous la transmettez, elle n'aura aucune incidence sur l'issue du litige, qui est voué au rejet.

Disant cela, nous ne méconnaissons pas deux éléments.

D'abord, le législateur organique a renoncé à la rédaction initialement envisagée, qui aurait imposé aux juges du filtre de vérifier que la question prioritaire de constitutionnalité commande l'issue du litige, pour préférer celle, plus souple, d'application au litige. Il ne s'agit donc pas d'exiger que l'issue de la question prioritaire de constitutionnalité soit déterminante de façon certaine pour accepter de la transmettre.

Ensuite, nous ne méconnaissons pas non plus le caractère assez libéral de votre jurisprudence dans l'appréciation de la notion d'application au litige.

Comme vous le savez, avec la décision Mme P... (2 février 2012, Mme P..., n° 355137, aux Tables sur un autre point), vous avez admis une telle applicabilité lorsque la question n'est pas « dénuée de rapport avec les termes du litige ».

Pour autant, cette solution, guidée par des considérations spécifiques conduisant à estimer que la condition d'applicabilité était remplie, dans la configuration particulière d'un litige lié à l'élection présidentielle, ne nous paraît pas nécessairement devoir dicter votre appréciation de façon générale.

Vous avez certes aussi retenu qu'alors même que la question était désormais sans incidence sur la solution du litige, elle ne pouvait être regardée comme entièrement dépourvue d'objet (25 juillet 2013, Société Allianz, n° 366345, aux Tables). Mais c'était pour répondre à un éventuel non-lieu, en tenant compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce point, alors que l'appréciation du respect de la condition d'application au litige, ainsi que le rappelait Maud Vialettes dans ses conclusions sur cette décision, « incombe aux seuls juges du filtre (cf. cdt 6 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010) ».

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Vous avez, par ailleurs, déjà vérifié si une question prioritaire de constitutionnalité pouvait avoir une influence même indirecte sur l'issue du litige. Dans une affaire concernant la corrida, la disposition pénale excluant la corrida des mauvais traitements sur les animaux n'était pas la base légale de l'acte attaqué – l'inscription de la corrida au patrimoine immatériel de la France – mais son inconstitutionnalité aurait été susceptible d'avoir une influence sur l'appréciation de la légalité de cette inscription (20 juin 2012, Association Comité radicalement anti-corrida Europe, n° 357798, inédit).

Vous avez, par ailleurs, déjà utilisé la notion d'« incidence » sur l'issue du litige pour écarter l'applicabilité au litige. Ainsi, vous avez retenu, pour estimer que la disposition législative qui a qualifié des contrats d'achat d'électricité n'était pas applicable au litige, que la question de la qualification et de la date de conclusion de ces contrats était « sans incidence sur l'appréciation de la légalité des arrêtés » attaqués (19 janvier 2011, EARL Shmittseppel, n° 343389, aux Tables). Et en tant que juge de cassation, vous avez aussi déjà retenu qu'une question prioritaire de constitutionnalité était « sans incidence sur la régularité ou le bien-fondé du jugement attaqué » (7 février 2018, Vashchuk, n° 416291, aux Tables).

Dans l'hypothèse - comme c'est le cas ici - où il est certain que la question, quelle que soit son issue, n'aura aucune conséquence sur la résolution du recours auquel elle se greffe, la notion d'applicabilité au litige rejoint très largement celle d'opérance du moyen. Or, la question prioritaire de constitutionnalité est un moyen et comme tout moyen, il doit être opérant.

Nous ne voyons, à vrai dire, aucune justification en droit et aucun intérêt en opportunité – car vous pouvez toujours transmettre une question prioritaire de constitutionnalité au regard de son intérêt - à faire prospérer une question qui ne se rattache pas à un litige qu'elle contribue à résoudre. Nous pensons donc qu'il convient, dans un tel cas, de considérer que la condition posée par le 1° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 n'est pas réunie.

Relevons, à cet égard, que dans ses conclusions sur la décision Mme P... précitée, Béatrice Bourgeois-Machureau, qui se prononçait, par ailleurs, dans cette affaire dans le sens de l'applicabilité au litige, apportait un éclairage fort intéressant, en anticipant une configuration proche de la nôtre : *« Si la requérante avait contesté le refus que lui avait opposé le Premier ministre d'intégrer dans le décret du 8 mars 2001 une disposition prohibant la publicité des présentations, là encore sa demande aurait été écartée en amont, dans la mesure où la définition d'une telle règle relève du domaine organique et où l'auteur de la décision contestée était en tout état de cause incompétent pour accéder à la demande qui lui était soumise. »*.

Nous vous proposons donc d'écarter l'applicabilité au litige lorsque la question prioritaire de constitutionnalité est insusceptible d'avoir une incidence sur l'appréciation de la légalité de la décision attaquée, comme c'est le cas lorsque, en application de l'article 34 de la Constitution, le Premier ministre ne peut que rejeter la demande qui lui est soumise, du fait de son incompétence.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Nous pensons, à vrai dire, que les questions prioritaires de constitutionnalité « hors sol », rattachées à un litige artificiel - dans le sens où il a en réalité pour seul objet de leur servir de support - ne doivent pas prospérer, non pas par formalisme, bien au contraire, mais parce que ce n'est ni ainsi, ni pour cela, que le dispositif a été conçu.

3. Si vous ne nous suiviez pas en ce sens, il nous semble, en tout état de cause, que la question n'a pas vocation à être transmise.

Comme vous le savez, il vous revient, pour faire application de l'article 23-2 de l'ordonnance, de vérifier si la disposition contestée « n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ». Or, deux questions différentes se posent à vous s'agissant de la déclaration préalable de conformité en l'espèce.

Par sa décision n° 95-361 DC du 2 février 1995, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la loi n° 95-127 du 8 février 1995, qui remplaçait l'article 432-14 par une nouvelle version proche de l'actuelle, et qui comprenait en particulier la notion d'« avantage injustifié ».

La décision est suffisamment synthétique pour être citée quasi-intégralement :

« 1. Considérant que le Conseil constitutionnel a été saisi par le Premier ministre de la loi relative aux marchés publics et délégations de service public ; que le Premier ministre n'invoque à l'encontre de ce texte aucun grief particulier ;

2. Considérant qu'il ne ressort pas de l'examen des dispositions du texte déféré que ces dernières méconnaissent une règle ou un principe de valeur constitutionnelle.

Décide :

Article premier :

La loi relative aux marchés publics et délégations de service public est déclarée conforme à la Constitution. (...) »

L'article 432-14 du code pénal figure, en outre, expressément dans le tableau du Conseil constitutionnel recensant les dispositions déjà déclarées conformes à la Constitution.

Et - certes sur un autre article de cette loi - vous avez vous-même déjà considéré, dans une décision inédite de vos 8^{ème} et 3^{ème} chambres réunies¹, que tel était le cas.

En revanche, ce n'est pas la position de la Cour de cassation, qui a retenu, à plusieurs reprises, que l'article 432-14 du code pénal n'avait pas été déclaré conforme à la Constitution, encore récemment par un arrêt du 18 décembre 2019².

¹ 22 mai 2013, Erin Dunleavy et ass. Roc Paradet, N° 366494, aux conclusions de Vincent Daumas

² Cass., crim., 18 décembre 2019, n° 19-81. 724, inédit.

La première hésitation possible s'agissant de la déclaration antérieure de conformité tient au fait que la décision de 1995 a été prise sur une saisine blanche, c'est-à-dire une transmission sans qu'aucun moyen de constitutionnalité soit invoqué.

Le caractère très succinct de la décision du Conseil constitutionnel, en réponse à une telle saisine, doit-il vous conduire à estimer que la disposition n'a pas déjà été déclarée conforme, alors qu'elle l'est bien, dans le motif et dans le dispositif ?

Par une décision du 26 mai 2011 (n° 2011-630 DC, Loi relative à l'organisation du championnat d'Europe de football de l'UEFA en 2016), le Conseil constitutionnel a fait évoluer sa jurisprudence sur les saisines blanches : il a précisé que s'agissant de ce type de saisines, il examinerait d'office la conformité à la Constitution de la procédure d'adoption de la loi, puis ne contrôlerait que celles des dispositions de la loi dont la constitutionnalité a été mise en cause dans les travaux parlementaires, ou qu'il choisit de relever d'office. Avant cette décision de 2011, la rédaction retenue par le Conseil constitutionnel dans ses décisions sur saisines blanches a été variable, avec des déclarations de conformité sans ambiguïté dans les motifs et le dispositif pour les articles non censurés ou au contraire de façon très générale.

L'évolution prise par le Conseil constitutionnel en 2011, qui a ainsi entendu freiner les saisines blanches, ne saurait, selon nous, avoir une portée rétroactive : avant cette décision, le Conseil constitutionnel examinait l'ensemble d'un texte, quand bien même sa motivation était ensuite synthétique.

La circonstance que la décision de 1995 ait été prise sur saisine blanche ne nous arrête donc pas. Nous pensons même qu'il serait très délicat que vous vous autorisiez, à l'inverse, à ne pas y voir une déclaration de conformité sans remettre en cause l'autorité même de cette décision.

La seconde hésitation possible sur la déclaration préalable de conformité tient à la question de la rédaction applicable au litige de l'article critiqué.

Les termes d'« avantage injustifié », qui sont au cœur de la présente question, figurent depuis l'origine dans l'article 432-14. Celui-ci a été modifié à plusieurs reprises depuis sa création en 1994, mais la notion d'avantage injustifié y a toujours été présente.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a précisé que ces décisions portent sur un article dans son intégralité et non sur une disposition isolée d'un article. Cette doctrine du Conseil constitutionnel sur la version des dispositions examinées a été explicitée dans les commentaires de sa décision n° 2019-812 QPC du 15 novembre 2019 : « Dans un souci de clarté et de simplicité, le Conseil constitutionnel adopte un raisonnement par article de loi ou de code. Autrement dit, lorsqu'il contrôle une disposition législative, il le fait dans la version, applicable au litige, de l'article qui contient cette disposition, sans « descendre » à un niveau inférieur à l'article (celui du paragraphe, de l'alinéa, de la phrase, etc. ».

Autrement dit, en l'espèce, la circonstance que les termes « avantage injustifié » aient toujours figuré dans l'article, y compris dans sa rédaction ayant déjà fait l'objet d'une

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

déclaration de conformité, ne suffit pas. Il convient de vérifier si l'article, dans sa globalité, a fait l'objet de modifications substantielles.

Or, certaines modifications intervenues depuis 1995 ne sont certes que des formes d'actualisation ou de mise en cohérence (par exemple le montant en euros et non en francs). Mais deux changements au moins sont substantiels, s'agissant du montant de l'amende et des contrats visés, concernant l'ensemble du champ de la commande publique.

On peut considérer que son économie n'a pas été substantiellement modifiée au point d'y voir des dispositions différentes, s'agissant de la définition même de l'infraction, fondée sur l'avantage injustifié, qui est le point faisant directement l'objet de la question prioritaire de constitutionnalité. Mais cela ne va pas de soi. Et si par exemple, le montant de l'amende ou la peine d'emprisonnement avait encore plus radicalement été modifié, il serait délicat de considérer que l'article ne doit pas être pris en compte dans sa globalité, y compris pour les seuls termes d'avantage injustifié, car l'appréciation au regard du principe de nécessité des délits et des peines, par exemple, pourrait être différente. Or, au stade de l'examen de l'existence d'une déclaration préalable ou non, vous n'avez pas à porter une appréciation subjective tenant compte du lien avec les griefs invoqués.

Non sans hésitation, nous pensons donc finalement que le Conseil constitutionnel pourrait considérer que l'article, dans sa rédaction applicable au litige, c'est-à-dire sa rédaction actuelle, n'a pas déjà été déclaré conforme, du moins formellement, vous autorisant ainsi à passer cette étape.

Pour autant, les termes mêmes d'avantage injustifié étant présents depuis l'origine et donc pris en compte par le Conseil constitutionnel lors de son précédent examen de 1995, il est peu probable que le Conseil constitutionnel comprenne que nous y voyions néanmoins une question à caractère sérieux.

4. Et précisément, sur le fond et l'appréciation du caractère sérieux, le requérant soulève deux moyens, tirés d'une part, de l'atteinte au principe de légalité des délits et des peines à raison de l'incompétence négative du législateur, d'autre part, de la méconnaissance du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

S'il critique l'imprécision de la loi, son argumentation porte en réalité sur son interprétation, qu'il conteste, par la Cour de cassation. Certes le Conseil constitutionnel examine la constitutionnalité d'une loi telle qu'interprétée par la jurisprudence, le cas échéant. Mais il y a, de la part du requérant, un raisonnement un peu circulaire à reprocher l'imprécision éventuelle de la loi pénale pour ensuite critiquer la portée précisée par la Cour de cassation.

Sur le fond, la Cour de cassation a estimé pour sa part, à plusieurs reprises et encore récemment, que des questions prioritaires de constitutionnalité sur l'article 432-14 ne devaient pas être transmises, pour défaut de caractère sérieux.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Sa jurisprudence est parfois considérée comme donnant une portée trop large à la notion d'avantage injustifié, ne prenant pas assez en compte le caractère intentionnel de l'infraction³, et conduisant le juge pénal à sanctionner pénalement toute méconnaissance des règles applicables aux marchés publics.

Le ministre, dans son mémoire en défense, souligne, à juste titre, que les conditions posées par la loi sont pourtant bien vérifiées par la Cour de cassation, que la notion d'avantage est connue et que s'agissant d'un délit intentionnel, le juge pénal caractérise l'intention au vu de différents indices. Surtout, quand bien même cette jurisprudence est commentée avec plus ou moins d'enthousiasme, elle ne pose pas pour autant un problème de constitutionnalité.

Quant à la différence d'appréciation pointée par le requérant entre jurisprudence administrative et jurisprudence judiciaire sur la portée d'une irrégularité lors de la passation d'un marché public, l'argument ne nous semble guère pertinent car il n'est pas choquant que l'appréciation portée par le juge administratif, dans le cadre d'une action en contestation de la validité d'un contrat, sur la gravité ou non d'une irrégularité afin de permettre, le cas échéant, la poursuite de l'exécution d'un marché pour des raisons tenant à l'intérêt général, ne répondent pas au même objet que la caractérisation éventuelle de l'infraction au plan pénal.

Enfin, s'agissant d'un article du code pénal, il ne vous est évidemment pas interdit de transmettre une question que la Cour de cassation n'a pas jugé utile de renvoyer, mais elle est quand même le juge le plus naturel pour apprécier de telles dispositions.

Nous en revenons ainsi au caractère artificiel du litige présenté devant vous - le « vrai » litige se déroulant devant le juge judiciaire.

Au total, si vous ne nous suiviez pas sur le premier point relatif à la non-applicabilité au litige, qui est notre proposition principale, vous n'auriez, selon nous, pas non plus à transmettre la question, non seulement car la seconde étape (absence de déclaration préalable de conformité) n'est pas évidente à franchir mais doit sans doute l'être, mais pour défaut de caractère sérieux.

Enfin, l'autre moyen du recours n'a pas vocation à prospérer pour les raisons déjà indiquées tenant à l'incompétence du Premier ministre pour accéder à la demande qui lui était soumise.

Par ces motifs, nous concluons :

- qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. L...
- au rejet de la requête.

³ Christophe Ingrain et Rémi Lorrain, *Des doutes légitimes sur la constitutionnalité du délit de favoritisme*, Dalloz Actualité, 17 janvier 2018