



HAL
open science

Chronique : Jurisprudence du Conseil constitutionnel

Hakim Daïmallah, Vincent Tchen, Pauline Gervier, Audrey Bachert-Peretti,
Nicolas Catelan, Jean-Baptiste Perrier

► **To cite this version:**

Hakim Daïmallah, Vincent Tchen, Pauline Gervier, Audrey Bachert-Peretti, Nicolas Catelan, et al.. Chronique : Jurisprudence du Conseil constitutionnel. *Revue française de droit constitutionnel*, 2018, 115 (3), pp.603-666. <10.3917/rfdc.115.0603>. <hal-04615398>

HAL Id: hal-04615398

<https://hal.science/hal-04615398v1>

Submitted on 18 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization



Jurisprudence du Conseil constitutionnel

Hakim Daimallah, Vincent Tchen, Pauline Gervier, Audrey Bachert, Nicolas Catelan, Jean-Baptiste Perrier

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2018/3 (N° 115), PAGES 603 À 666
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130803089

DOI 10.3917/rfdc.115.0603

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2018-3-page-603.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

HAKIM DAÏMALLAH
VINCENT TCHEN
PAULINE GERVIER
AUDREY BACHERT
NICOLAS CATELAN
JEAN-BAPTISTE PERRIER

La chronique est coordonnée par Marthe Fatin-Rouge Stéfanini et Laurence Gay

I – COMMENTAIRES DES DÉCISIONS

– **Décision n° 2017-660 QPC, 6 octobre 2017, Société de participations financière [Contribution de 3 % sur les montants distribués]**

*L'EXAMEN DE LA CONTRIBUTION ADDITIONNELLE À L'IMPÔT
SUR LES SOCIÉTÉS
AU TITRE DES MONTANTS DISTRIBUÉS PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL :
UN CONTRÔLE IMPARFAIT AU REGARD DES PRINCIPES D'ÉGALITÉ*

Décidée par le Conseil constitutionnel¹, l'abrogation de la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés au titre des montants distribués – dite contribution de 3 % – apporte au moins un enseignement : la justice constitutionnelle a un coût, et une fraction de contribuables s'apprête à le faire payer cher à l'État. Le porte-parole du gouvernement l'évalue au plus à dix milliards d'euros. Stigmatisant l'amateurisme de la précédente majorité, le ministre des finances sollicite l'inspection

Hakim Daïmallah, docteur en droit public, avocat au barreau de Marseille ; Vincent Tchen, professeur de droit public à la faculté de droit de Rouen ; Pauline Gervier, maître de conférences en droit public à l'université de Bordeaux, CERCCLE – EA 7436 ; Audrey Bachert, docteur en droit, ATER à l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, ILF-GERJC ; Nicolas Catelan, maître de conférences à Aix-Marseille Université, LDPSC (EA 4690) ; Jean-Baptiste Perrier, professeur à Aix-Marseille Université, LDPSC (EA 4690).

1. CC, décis. n° 2017-660 QPC, 6 octobre 2017, *Société de participations financière* [Contribution de 3 % sur les montants distribués], *JORF* n° 0236 du 8 octobre 2017, texte n° 27.

générale des finances pour mener les investigations nécessaires à la découverte du ou des responsable(s) de ce – selon ses propres termes – « scandale d'État ». En guise de compensation à tout le moins partielle, l'Assemblée nationale adopte définitivement une surtaxe sur les grandes entreprises, plus précisément une contribution exceptionnelle à la charge des redevables de l'impôt sur les sociétés dont le chiffre d'affaires est égal ou supérieur à trois milliards d'euros, après un rejet par le Sénat, et avant une validation par le Conseil constitutionnel².

Ces conséquences brièvement exposées ne constituent pas le seul intérêt de la décision. Le contrôle d'une « discrimination à rebours³ », à laquelle elle procède, intéresse davantage le juriste, la doctrine qualifiant les précédents raisonnements menés en la matière de subtils⁴.

La saisine du Conseil constitutionnel porte en l'espèce sur la différence de traitement entre les sociétés mères, au sens de la directive communautaire du 30 novembre 2011⁵, selon que les dividendes redistribués proviennent de filiales établies dans un État membre de l'Union européenne autre que la France, ou dans un autre État – en ce ? compris la France⁶. Cette distinction entre sociétés mères résulte d'une interprétation « neutralisante » du Conseil d'État⁷, lequel considère que la contribution de 3 % ne peut s'appliquer qu'aux dividendes redistribués provenant de filiales établies en France ou dans un État situé hors de

2. CC, décis. n° 2017-755 DC, 29 novembre 2017, *Loi de finances rectificative pour 2017*.

3. A. Maitrot de la Motte, « L'extension des régimes fiscaux européens aux situations originellement exclues de leur champ : vers l'élimination des discriminations européennes par le principe constitutionnel d'égalité », *Dr. fisc.*, n° 37, 15 septembre 2016, 475 : « Contrairement aux situations purement internes, les discriminations à rebours peuvent comporter des éléments d'extranéité. Elles correspondent en effet aux situations dans lesquelles des mesures nationales sont plus favorables aux administrés non nationaux ou non-résidents qu'aux nationaux ou aux résidents. »

4. H. Labayle et R. Medhi, « Dédale au Conseil d'État : QPC et renvoi préjudiciel dans l'arrêt Jacob », *RFDA*, 2016, p. 1003 ; E. Raingard de la Bletière, « Affaire *Metro Holding* : le principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt au secours de la jurisprudence Leur Bloem », *Dr. fisc.*, n° 18-19, 4 mai 2016, 309.

5. Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (refonte), *JOUE* du 29 décembre 2011, L 345/8.

6. CC, décis. n° 2017-660 QPC, *op. cit.*, cons. 6.

7. A. Roblot-Troizier, « Transposer ou ne pas transposer une directive ? Telle est la question », *RFDA*, 2016, p. 597 : « Lorsque le texte de loi est clairement contraire au droit de l'Union européenne, la primauté de ce droit permet au juge administratif de neutraliser les effets de la loi. Cette neutralisation ne vaut qu'autant que le droit de l'Union s'impose, c'est-à-dire pour les situations qu'il régit. Pour ce qui est des situations non régies par le droit de l'Union, le juge administratif ne peut en neutraliser les effets et respectant la volonté du législateur, la loi va s'appliquer, créant ainsi une différence de traitement entre les situations régies par le droit de l'Union et les autres » ; Cf. *contra* G. Blanluet, « Discrimination à rebours : le droit interne à l'épreuve du droit de l'union européenne », *Dr. fisc.*, n° 12, 24 mars 2016, 233 : « Ce faisant, à la différence de ce que laisse entendre le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État ne procède pas réellement à une interprétation neutralisante au sens strict, mais plutôt à une exclusion du droit interne dans les situations régies par la directive. Lorsque le juge évince le droit interne, il ne l'interprète pas ».

l'Union européenne⁸. La position du Conseil d'État découle de la réponse de la Cour de justice de l'Union européenne à une question préjudicielle, laquelle estime contraire à la directive du 30 novembre 2011 la perception de la contribution sur les dividendes redistribués par la société mère, qui proviennent de filiales établies dans un État membre autre que la France⁹.

Instaurée par la loi de finances rectificative pour 2012 promulguée le 16 août 2012¹⁰, la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés se présente alors comme un palliatif, pour remédier à la suppression de la retenue à la source sur les seuls dividendes versés à des organismes de placement collectif en valeurs mobilières non-résidents¹¹. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, les articles 63 et 65 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'opposent en effet à une telle retenue¹².

Davantage que la décision d'abrogation immédiate de la contribution de 3 %, du reste attendue¹³, c'est la motivation du Conseil constitutionnel qui ne manque pas d'interroger. Peu importe la subtilité du raisonnement, à la supposer avérée. Outre la satisfaction de sa demande, le justiciable attend du juge – à plus forte raison sans doute de celui de la constitutionnalité des lois – une motivation cohérente. Or, la décision recèle d'une première curiosité, constatée dans d'autres décisions, en ce qu'elle conclut indistinctement à la violation des principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques, alors qu'il s'agit de normes tirées de textes différents, dont la portée s'avère différenciée¹⁴. Au-delà, le Conseil constitutionnel semble abroger la contribution au terme d'un examen dévoyé (A) et défectueux (B).

8. CE 8/3 SSR, 7 juillet 2017, *Société de participations financière (SOPARFI)*, n° 399757, *Iné.*, pt. 8.

9. CJUE, 17 mai 2017, *Association française des entreprises privées (AFEP) et autres c/ Ministre des Finances et des Comptes Publics*, C-365/16.

10. L. n° 2012-958 du 16 août 2012 Loi de finances rectificative pour 2012, *JORF* n° 0190 du 17 août 2012, p. 13479.

11. MOSCOVICI (P.) et CAHUZAC (J.), « Rapport sur l'évolution de la situation économique et budgétaire et exposé général des motifs », *Projet de loi de finances rectificative pour 2012*, 4 juillet 2012, p. 28.

12. CJUE, 10 mai 2012, *Santander Asset Management SGIIC SA et autres c/ Ministre du Budget, des Comptes publics, de la Fonction publique et de la Réforme de l'État*, C-338/11 à C-347/11.

13. COLLET (M.), « Le Conseil constitutionnel et les discriminations à rebours en matière fiscale », *JCG G*, n° 13, 28 mars 2016, 373.

14. F. Melin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence, Economica PUAM, coll. Droit positif, 1997, p. 138 : « De manière générale, il apparaît que le contrôle restreint du principe d'égalité par le législateur est mis en œuvre principalement en matière financière et fiscale [...] Cela correspond d'ailleurs à une démarche commune à la plupart des juridictions constitutionnelles qui, dans ces domaines, sont contraintes de ménager une part importante de pouvoir discrétionnaire au profit du législateur sous peine de devoir remettre en cause pratiquement toute la politique économique arrêtée par les États ».

A – LE CONTRÔLE DÉVOYÉ DES MOTIFS DE LA DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT ENTRE SOCIÉTÉS MÈRES

Le contrôle de la motivation de la différence de traitement entre sociétés mères se détourne en l'espèce des principes qui le régissent habituellement. C'est en ce sens qu'apparaissent manifestement dévoyés l'examen de la différence de situation entre sociétés mères (1) et l'examen de l'intérêt général (2).

1 – Le contrôle dévoyé de la différence de situation entre sociétés mères

Selon le Conseil constitutionnel, « il résulte [...] des dispositions contestées une différence de traitement entre les sociétés mères, selon que les dividendes qu'elles redistribuent proviennent ou non de filiales établies dans un État membre de l'Union européenne autre que la France. Or, ces sociétés se trouvent dans la même situation au regard de l'objet de la contribution, qui consiste à imposer tous les montants distribués, indépendamment de leur localisation d'origine et y compris ceux relevant du régime mère-fille issu du droit de l'Union européenne¹⁵ ». Aussi, dans la continuité des précédentes décisions¹⁶, *l'objet des dispositions contrôlées sert à l'examen d'une différence de situation*.

Pourtant, selon la motivation de principe rappelée dans la décision commentée, « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit¹⁷ ». Autrement dit, *l'objet des dispositions contrôlées doit servir à l'examen de la différence de traitement*, l'existence de différences de situations étant « simplement constatée par le juge constitutionnel¹⁸ ». Aussi, depuis la décision dite *Ponts à péage*¹⁹, des « différences

15. CC, décis. n° 2017-660 QPC, *op. cit.*, cons. 7.

16. CC, décis. n° 2015-520 QPC, 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], *JORF* n° 0030 du 5 février 2016 texte n° 76, cons. 8 ; CC, décis. n° 2016-571 QPC, 30 septembre 2016, *Société Layher SAS* [Exonération de la contribution de 3 % sur les montants distribués en faveur des sociétés d'un groupe fiscalement intégré], *JORF* n° 0230 du 2 octobre 2016 texte n° 58, cons. 8 ; CC, décis. 2016-615 QPC, 9 mars 2017, *Époux V*. [Rattachement à un autre régime de sécurité sociale et assujettissement du patrimoine à la CSG], *JORF* n° 0060 du 11 mars 2017 texte n° 84, cons. 13.

17. CC, décis. n° 2017-660 QPC, *op. cit.*, cons. 3.

18. F. Melin-Soucramanien, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *op. cit.*, p. 167.

19. CC, décis. n° 79-107 DC, 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, *Rec. p.* 31.

de lieu²⁰ », en particulier liées à la situation du domicile fiscal en ou hors de France, peuvent motiver des différences de traitement législatif sans encourir de censure²¹.

Dès lors, en appréciant la différence de situation entre sociétés mères, au regard de l'objet de la contribution en litige, le Conseil constitutionnel s'écarte manifestement des modalités de contrôle précédemment déterminées. Il s'écarte également de la logique, en ce qu'il semble attendre une justification à la justification. Le législateur ne peut pas justifier une différence de situation, de droit ou de fait peu importe, dès lors que celle-ci existe indépendamment de la législation examinée. *Sauf erreur, la loi instituant la contribution additionnelle de 3 % n'impose pas l'origine géographique des dividendes reçus par les sociétés mères.* Certains proviennent de filiales établies dans un État membre de l'Union européenne autre que la France, d'autres proviennent de filiales établies en France ou dans un État situé hors de l'Union européenne : il s'agit d'un constat.

La directive communautaire du 30 novembre 2011 justifie du reste l'interdiction, tirée par la CJUE de l'article 4 1^o) a)²², d'appliquer la contribution aux dividendes redistribués par les sociétés mères, provenant de filiales établies dans un autre État membre de l'UE. « Avant l'entrée en vigueur de la directive 90/435/CEE, les dispositions fiscales régissant les relations entre sociétés mères et filiales d'États membres différents variaient sensiblement d'un État membre à l'autre et étaient, en général, moins favorables que celles applicables aux relations entre sociétés mères et filiales d'un même État membre. La coopération entre sociétés d'États membres différents était, de ce fait, pénalisée par rapport à la coopération entre sociétés d'un même État membre. Il convenait d'éliminer cette pénalisation par l'instauration d'un régime commun et de faciliter ainsi les regroupements de sociétés à l'échelle de l'Union²³. »

Pourquoi ce qui justifie un régime favorable ne peut pas justifier un régime plus favorable ? Sauf erreur là encore, les sociétés mères assujetties à la contribution additionnelle de 3 % ne participent pas au marché intérieur de l'Union européenne, dans la mesure où les filiales dont elles reçoivent les dividendes redistribués résident en France ou dans un État tiers. Comme toute différence de situation, celle-ci peut motiver la différence de règlement par le législateur, et la différence de traitement susceptible d'en résulter. Elle ne saurait toutefois suffire pour conclure à l'absence de violation du principe d'égalité devant la loi. Toute différence de traitement

20. F. Melin-Soucramanien, *op. cit.*, p. 174-177.

21. CC, décisis. n° 83-164 DC, 29 décembre 1983, *Loi de finances pour 1984*, Rec. p. 67 ; CC, décisis. n° 91-298 DC, 24 juillet 1991, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec. p. 82.

22. CJUE, 17 mai 2017, *op. cit.*

23. Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (refonte), *op. cit.*, (6).

porte atteinte à ce principe. Reste alors à contrôler la proportion de cette atteinte au regard de l'objet de la loi qui l'instaure.

À cet égard, le Conseil constitutionnel qualifie l'identité « originelle » de traitement des sociétés mères – c'est-à-dire antérieure à l'interprétation neutralisante du Conseil d'État – d'objet de la contribution²⁴. Dans sa motivation de principe relative au principe d'égalité devant la loi, il prend pourtant soin de distinguer motif (différence de situation/intérêt général), effet (différence de traitement) et objectif de la loi (objet). Dès lors, *en assimilant une identité de traitement à l'objectif que le législateur poursuit en l'instaurant, le Conseil constitutionnel confond manifestement l'effet et l'objet des dispositions contrôlées.*

2 – Le contrôle dévoyé de l'intérêt général

Selon le Conseil constitutionnel, « en instituant la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés au titre des montants distribués, le législateur a entendu compenser la perte de recettes pérenne provoquée par la suppression de la retenue à la source sur les organismes de placement collectif en valeurs mobilières. Il a ainsi poursuivi un objectif de rendement. Un tel objectif ne constitue pas, en lui-même, une raison d'intérêt général de nature à justifier la différence de traitement instituée entre les sociétés mères qui redistribuent des dividendes provenant d'une filiale établie dans un État membre de l'Union et celles qui redistribuent des dividendes provenant d'une filiale établie en France ou dans un État tiers à l'Union européenne²⁵ ». Il ne pose alors guère de difficultés de constater que *le Conseil constitutionnel opère ainsi un véritable contrôle de la pertinence de l'intérêt général motivant la différence de traitement constatée, confinant au contrôle d'opportunité.*

La Haute instance s'écarte manifestement de sa jurisprudence constante, laquelle se caractérise par les seules recherches et vérification des motifs d'intérêt général des discriminations instaurées par les législations en litige. Cette position s'explique sans doute par le pouvoir général d'appréciation et de décision conféré au Parlement, notamment par l'article 34 de la Constitution. La doctrine relève à cet égard que « la référence à l'intérêt général, loin de limiter le pouvoir discrétionnaire du législateur, au contraire, contribue à le renforcer²⁶ », « qu'en la matière, le Parlement n'a pas un simple pouvoir discrétionnaire [...] il dispose d'un pouvoir souverain²⁷ », ou bien encore que « la bonne foi du législateur se présume²⁸ ».

24. CC, décis. n° 2017-660 QPC, *op. cit.*, cons. 7.

25. *Ibid.*, cons. 8.

26. F. Melin-Soucramanien, *op. cit.*, p. 189.

27. G. Merland, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. CXXI, 2004, p. 227.

28. F. Terré, « Les chemins de la vérité. Sur les tests ADN », *JCP G*, 2008, I 100, p. 17.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi de finances rectificatives pour 2012, le gouvernement présente une justification plus étoffée de l'institution de la contribution. « Il s'agit de mettre la législation nationale en conformité avec le droit communautaire, tout en préservant les recettes de façon à ne pas mettre en péril la stratégie de redressement des finances publiques²⁹ ». Autrement dit, *sauf à nier que les finances publiques contribuent à la préservation et au développement de l'intérêt général, l'instauration de la contribution repose aussi sur cet intérêt.*

À cet égard, le rappel des termes de la directive communautaire du 23 juillet 1990, à la refonte de laquelle procède celle du 30 novembre 2011, apparaît nécessaire : « Il convient par ailleurs, pour assurer la neutralité fiscale, d'exempter de retenue à la source, sauf dans certains cas, les bénéficiaires qu'une société filiale distribue à sa société mère [...] il y a lieu, toutefois, d'autoriser [...] la République portugaise, pour des raisons budgétaires, à continuer de percevoir temporairement une retenue à la source³⁰. » En outre, *la question se pose de savoir si la mise en œuvre d'une exigence de valeur constitutionnelle ne motive pas la différence de traitement en cause.* Celle-ci résulte en effet de l'interprétation neutralisante du Conseil d'État, laquelle repose sur la prévalence du droit communautaire consacrée par l'article 88-1 de la Constitution³¹.

Par ailleurs, en assimilant « un objectif » à « une raison »³², *le Conseil constitutionnel confond manifestement le motif et l'objet des dispositions contrôlées.* C'est que le motif d'une loi s'entend de la raison que le législateur avance pour justifier l'adoption d'une disposition, tandis que l'objet d'une loi s'entend du résultat médiat de l'action du législateur, du but méta juridique qu'il poursuit³³. Faisant litière de cette distinction, la Haute instance qualifie le rendement d'objectif et de raison la contribution en cause.

B – LE CONTRÔLE DÉFECTUEUX DE LA PROPORTION DE LA DIFFÉRENCE DE TRAITEMENT ENTRE SOCIÉTÉS MÈRES AU REGARD DES OBJECTIFS POURSUIVIS PAR LA CONTRIBUTION

Deux défauts entachent le contrôle opéré en l'espèce. La décision ne mentionne qu'un seul des objectifs poursuivis par la contribution

29. P. Moscovici et J. Cahuzac, « Rapport sur l'évolution de la situation économique et budgétaire et exposé général des motifs », *op. cit.*, p. 176.

30. directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, *JOUE* du 20 août 1990, L 225/6.

31. B. Mathieu, « Le respect par l'Union européenne », *CCC*, n° 18, juillet 2005.

32. CC, décis. n° 2017-660 QPC, *op. cit.*, cons. 8.

33. R. Bonnard, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP*, 1923, p. 363 *sq.*

en litige (1), et ne procède pas à l'examen de la proportion de l'atteinte portée aux principes d'égalité au regard desdits objectifs (2).

1 – Les objectifs poursuivis par la différence de traitement

À lire le Conseil constitutionnel, la contribution poursuit un unique « objectif de rendement ». Outre qu'il s'agit d'un but finalement inhérent à toute imposition, l'assertion étonne, en ce qu'elle apparaît manifestement imprécise et incomplète.

Selon le commentaire aux Cahiers de la décision *Société Layher SAS*, « le Conseil constitutionnel n'admet pas que, pour une même mesure fiscale, le législateur se prévale à la fois d'un objectif de rendement, qui est l'objectif "naturel" de l'impôt, et d'un objectif comportemental. Dans ce cas, le Conseil recherche lequel des deux objectifs le législateur a privilégié³⁴ ». Il ressort pourtant de sa jurisprudence qu'en matière d'égalité devant la loi, le juge contrôle le rapport direct de la différence de traitement avec *l'objet de la loi* qui l'établit, sans autre précision, c'est-à-dire sans le restreindre au seul objectif prétendument privilégié par le législateur. Il ressort en outre de sa jurisprudence qu'en matière d'égalité devant les charges publiques, le juge contrôle que l'appréciation du législateur repose sur des critères objectifs et rationnels en fonction *des buts qu'il se propose*. De plus, à supposer même que la contribution en litige ambitionne davantage d'imposer que d'inciter, l'absence d'examen de la proportion de l'atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques reste inexpliquée, eu égard à son office habituel³⁵.

En tout état de cause, la référence au seul rendement comme objectif de la contribution s'avère à tout le moins imprécise. Concentrée sur le produit escompté, après les développements consacrés à ses débiteurs, la présentation omet toute référence à ses « créanciers ». C'est que la contribution vise à consolider « la stratégie de redressement des finances publiques »³⁶, autrement dit à garantir le financement de dépenses d'intérêt national, qui ne se limitent plus, depuis bien longtemps, aux dépenses d'entretien de la force publique et d'administration, symboles de l'État gendarme. *La fiscalité se présente aussi comme un instrument d'accomplissement de politiques économiques et sociales, symboles de l'État providence*.

Certes, le rendement compte indéniablement parmi les objectifs poursuivis par la contribution. Il côtoie néanmoins l'objectif de croissance des entreprises, liée au réinvestissement qu'elle entend encourager. Bref,

34. Cf. p. 20.

35. CC, décis. n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, Rec. p. 218, cons. 15-16 ; CC, décis. n° 2011-644 DC, 28 décembre 2011, *Loi de finances pour 2012*, Rec. p. 605, cons. 12-13.

36. P. Moscovici et J. Cahuzac, « Rapport sur l'évolution de la situation économique et budgétaire et exposé général des motifs », *op. cit.*, p. 176.

la contribution présente aussi une dimension incitative, qui ne retient guère l'attention du Conseil constitutionnel. Le rapport rédigé au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances rectificatives pour 2012 apporte à ce titre un éclairage intéressant. Il relève d'abord qu'en « améliorant non seulement le capital mais, surtout, les perspectives de croissance de la société, l'investissement se traduit, à terme, par une hausse de la valeur de la société et de ses titres de capital. Le dividende présente donc un profit à court terme, quand l'investissement permet un profit à plus long terme, à la fois individuel, du point de vue de l'actionnaire qui enregistre une plus-value sur ses titres, et collectif, du point de vue de la société, qui retire les fruits d'une croissance supérieure³⁷ ». Il relève ensuite que « dans ce cadre, le présent article instaure une fiscalité incitative à l'investissement des bénéficiaires et au renforcement du financement en fonds propres des entreprises. De plus, ce dispositif ne pénalise pas les entreprises en difficultés, puisqu'il taxe celles qui, non seulement réalisent des bénéfices, mais sont dans une situation financière suffisamment solide pour les distribuer à leurs actionnaires³⁸ ».

2 – La proportion de la différence de traitement

Ces éléments rendent la décision du Conseil constitutionnel difficilement compréhensible. *Les principes d'égalité devant la loi et devant les charges publiques conduisent en l'espèce, au terme d'un examen à tout le moins tronqué, à étendre l'application d'une norme communautaire à des situations infra et extra-communautaires, c'est-à-dire à des situations qui – par définition – doivent y échapper.* La conformité de la différence de traitement en litige aux principes d'égalité semble pourtant évidente.

D'une part, frapper la capacité contributive de sociétés mères qui ne participent pas au marché intérieur de l'Union européenne, et décident de ne pas réinvestir une partie de leurs bénéfices, apparaît en rapport direct et repose sur des critères objectifs et rationnels, au regard des visées de la contribution litigieuse, en l'occurrence la garantie du financement des dépenses d'intérêt national et la croissance desdites sociétés. D'autre part, ainsi que le souligne le rapport rédigé au nom de la commission des finances sur le projet de loi de finances rectificatives pour 2012, « le taux de la contribution, fixé à 3 %, est suffisamment faible pour limiter les éventuels effets négatifs sur le financement des entreprises. Par ailleurs, de manière à ne pas réduire leur accès aux financements, le présent article ne s'applique pas aux petites et moyennes entreprises, dont la définition communautaire,

37. F. Marc, « Rapport fait au nom de la commission des finances sur le projet de loi, adopté par l'assemblée nationale, *Loi de finances rectificative pour 2012*. Tome I », *Sénat session extraordinaire de 2011-2012*, n° 689, 23 juillet 2012, p. 120.

38. *Idem*.

retenue par le présent article, est plus large que la définition française, qui applique un plafond de chiffre d'affaires de 7,63 millions d'euros³⁹ ».

Le Conseil constitutionnel s'engage toutefois dans une autre voie, qu'il souhaite pourtant éviter. Selon le commentaire aux Cahiers de la décision dite *Époux V.*, cette extension « sur le fondement du principe d'égalité, à des situations transfrontalières extra-communautaires des avantages reconnus aux situations transfrontalières intra-communautaires ne va pas de soi. En effet, le droit de l'Union européenne est, par construction, un droit discriminatoire à l'égard des situations extra-communautaires. Une application extensive du principe d'égalité en matière fiscale imposerait au législateur français d'aligner le droit applicable aux ressortissants des pays tiers sur les exigences communautaires⁴⁰ ».

Cette position explique que la Haute Instance déclare conforme à la Constitution la différence de traitement, au regard de l'assujettissement à la contribution sociale généralisée sur les revenus du patrimoine, entre les personnes relevant du régime de sécurité sociale d'un État membre de l'Union européenne et celles relevant du régime de sécurité sociale d'un État tiers. Elle considère que les dispositions litigieuses visent à garantir « le financement de la protection sociale dans le respect du droit de l'Union européenne⁴¹ ».

S'agissant de la contribution de 3 %, l'institution justifie sa position différente par le fait que « le législateur avait poursuivi un objectif de rendement budgétaire, sans égard pour les exigences du droit européen (qui interdit pourtant la taxation des bénéficiaires redistribués depuis une filiale établie dans l'UE) [...] Cette volonté de n'opérer aucune distinction au regard de la localisation des filiales était clairement affirmée dans les travaux préparatoires, en particulier dans l'exposé des motifs de l'article 5 du projet de loi (devenu l'article 6 de la loi du 16 août 2012) et dans les rapports parlementaires⁴² ».

Nonobstant cette volonté, l'interprétation neutralisante du Conseil d'État crée néanmoins une différence de traitement entre les sociétés mères selon leur localisation, et garantit ainsi le respect du droit de l'Union européenne. *Aussi se pose légitimement la question de savoir si la décision du Conseil constitutionnel ne résulte pas d'un procès d'intention.*

*

Outre qu'elle illustre un recul de la souveraineté nationale en matière fiscale, l'abrogation de la contribution de 3 % semble apporter un

39. *Ibid.*, p. 121

40. Cf. p. 13.

41. CC, décis. n° 2016-615 QPC, *op. cit.*, cons. 13.

42. Cf. p. 11 du Commentaire.

second enseignement. La justice constitutionnelle n'est pas seulement susceptible d'avoir un coût, elle peut aussi avoir un prix, et ce n'est pas le moindre des paradoxes de constater qu'il s'agit en l'espèce de celui de la justice. La décision témoigne certes d'une application peut-être subtile, sans doute utile, de principes constitutionnels. Mais elle témoigne surtout d'une absence de recherche de « l'équilibre de la balance⁴³ » entre tous les intérêts, le général – tout bonnement évincé –, et les particuliers – pourtant préservés par des limites d'assiette, de taux et de redevables. Est-il nécessaire de préciser que n'atténue pas le sentiment d'injustice ressenti à la lecture de la décision le fait que seules les sociétés concernées par la contribution abrogée se félicitent de son abrogation ?

Hakim Daïmallah

– Décision n° 2017-674 QPC du 30 novembre 2017, M. Kamel D. [Assignation à résidence de l'étranger faisant l'objet d'une interdiction du territoire ou d'un arrêté d'expulsion]

*LA LABORIEUSE CONSTRUCTION DU DISPOSITIF
D'ASSIGNATION À RÉSIDENCE :
RETOUR SUR LA DÉCISION ET SON ÉPILOGUE LÉGISLATIF*

Le droit de l'assignation à résidence est traversé depuis plusieurs mois par une actualité juridique foisonnante, alimentée à la fois par le contentieux du droit des étrangers, de l'état d'urgence et, désormais, de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme⁴⁴. Cette jonction des contentieux nous enseigne combien ce procédé éprouvé (il fut consacré sous sa forme actuelle en 1945 par l'article 28 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers) peine à atteindre son point d'équilibre.

Si l'on se concentre sur la seule question du droit des étrangers, le débat a tardé à émerger. Non sans raison, certains étrangers en instance d'éloignement forcé ont pu estimer que l'assignation à résidence était préférable à un placement en rétention administrative. Cette situation paradoxale a fini par évoluer devant la multiplication des assignations de longue durée, conférant au procédé les allures d'une véritable contrainte de nature à compromettre la liberté de circulation et la vie privée et familiale des personnes concernées. La question prioritaire

43. M. Villey, « Contre l'humanisme juridique », *APD*, t. XIII, *Sur les notions du contrat*, 1968, p. 205.

44. Pour les assignations prononcées sous le régime de l'état d'urgence, CC, décis. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, et n° 2015-527 QPC, 22 déc. 2015, et, sous le régime de la loi du 30 octobre 2017, CC, décis. n° 2017-691 QPC, 16 févr. 2018.

de constitutionnalité tranchée le 30 novembre 2017 illustre ce renversement qui est attesté par l'inflation des mesures d'assignation⁴⁵.

Le requérant avait été assigné à résidence à la suite d'une longue odyssee judiciaire initiée en 2005 par une condamnation à six ans d'emprisonnement et à une interdiction définitive du territoire pour participation à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme. Ces faits avaient également justifié sa déchéance de la nationalité française qu'il venait d'acquérir. Alors que M. Daoudi s'apprêtait à être éloigné vers l'Algérie, la Cour européenne des droits de l'homme estima en 2009 qu'il y serait exposé à un risque de peines et traitements inhumains ou dégradants⁴⁶. Faute d'avoir pu désigner un autre pays d'éloignement (c'est toujours le cas), le ministre de l'Intérieur l'assigna à résidence. À l'occasion d'un recours dirigé contre un arrêté fixant de nouvelles conditions d'assignation, il dénonça l'inconstitutionnalité de l'article L. 561-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui autorise l'assignation à résidence sans limite de durée de certains étrangers « jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement⁴⁷ ».

Deux griefs furent jugés suffisamment sérieux et inédits par le Conseil d'État pour justifier un renvoi au Conseil constitutionnel. Le premier portait sur la possibilité d'assigner à résidence un étranger visé par une interdiction judiciaire du territoire ou un arrêté d'expulsion sans limitation de durée, alors que la loi en limite en pareil cas le terme à six mois. Le requérant contestait par ailleurs la possibilité ouverte par l'ordonnance n° 2015-124 du 5 février 2015 de fixer en tout point du territoire les lieux d'assignation, par dérogation au principe (non écrit) selon lequel la résidence imposée correspond par principe à celle du domicile de l'étranger. Rejoint en cours d'instance par deux associations, M. Daoudi soutenait que cette double faculté portait une atteinte disproportionnée à sa liberté d'aller et de venir (compte tenu de l'absence d'obligation de réexamen de

45. Le nombre global d'assignations a augmenté de manière très significative depuis 2010 : 8 764 en 2017 (803 assignations de longue durée ; 7 942 de courte durée ; 19 visant des étrangers en instance d'expulsion) ; 3 325 en 2015 ; 2 293 en 2014 ; 1 618 en 2013 ; 904 en 2012 ; entre 150 et 200 entre 2006 et 2010. Au 1^{er} septembre 2017, 94 étrangers visés par une interdiction judiciaire du territoire et 120 par un arrêté d'expulsion étaient assignés à résidence.

46. CEDH, 3 déc. 2009, n° 19576/08.

47. CE, 20 sept. 2017, n° 411774. Pour simplifier, le Code des étrangers distingue quatre motifs d'assignation : l'assignation prononcée par le juge des libertés et de la détention par préférence à une rétention (C. étrangers, art. L. 552-4) ; l'assignation de longue durée, au cœur de l'affaire commentée, visant six catégories de personnes dont l'éloignement est en l'état impossible (C. étrangers, art. L. 561-1) ; l'assignation de courte durée (45 jours) visant des étrangers en instance d'éloignement (C. étrangers, art. L. 561-2) ; l'assignation sous surveillance électronique d'un étranger condamné à une interdiction du territoire ou visé par une expulsion prononcée en conséquence d'activités terroristes (C. étrangers, art. L. 571-3). Dans son avis sur le projet de loi présenté en conseil des ministres le 21 février 2018, le Conseil d'État a pointé la lourdeur d'un dispositif dispersé « en six catégories qui, chacune, comportent des nuances et des spécificités » (point 8).

sa situation et de l'ineffectivité des recours), au droit au respect de sa vie privée et familiale (en raison des contraintes liées aux horaires d'assignation et du changement de lieu de résidence) et à sa liberté individuelle (la durée illimitée d'assignation s'apparentant à une privation de liberté).

La décision du 30 novembre 2017 est loin d'avoir accueilli l'ensemble de cette argumentation. Elle conforte (sans surprise, ajoutera-t-on) le principe de l'assignation à résidence de longue durée qui, selon le Conseil, permet d'« éviter que puisse librement circuler sur le territoire national une personne non seulement dépourvue de droit au séjour, mais qui s'est également rendue coupable d'une infraction ou dont la présence constitue une menace grave pour l'ordre public » (consid. 8). Tirant les conséquences de ce brevet de constitutionnalité, il en est déduit que le législateur peut s'abstenir de fixer une durée maximale d'assignation compte tenu de la « menace grave à l'ordre public » (expulsion) ou pour assurer l'exécution d'une sanction pénale (interdiction du territoire).

Ce brevet a toutefois été nuancé. Le Conseil a distingué l'expulsion (le maintien d'un arrêté attestant par lui-même de la persistance de la menace à l'ordre public) de l'interdiction du territoire. Dans ce dernier cas, le législateur n'imposait pas à l'administration d'établir de circonstances particulières justifiant le maintien de l'assignation au-delà d'une certaine durée. Cette carence a été jugée constitutive d'une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir. Dans une réserve d'interprétation, il a par ailleurs été considéré que l'administration devait définir des conditions et des lieux d'assignation tenant compte de la durée de cette mesure et des liens familiaux et personnels de l'intéressé. Ce point avait déjà été mis en avant dans le cadre de l'état d'urgence⁴⁸.

Ainsi résumée, la décision du Conseil constitutionnel permet d'affiner le régime juridique des assignations à résidence de longue durée (A). Transposé de manière pour le moins limitative par le législateur, ce balisage risque toutefois de se révéler sans grand intérêt pratique (B).

A – LE CADRE CONSTITUTIONNEL DES ASSIGNATIONS À RÉSIDENCE DE LONGUE DURÉE

Le Conseil constitutionnel n'a jamais contesté le principe de l'assignation à résidence de longue durée pour des raisons avant tout pratiques qui n'ont jamais été véritablement exprimées. Ces raisons renvoient à un compromis jugé *acceptable* qui permet d'éviter une privation de liberté pour des motifs administratifs (que la directive « retour » du 16 décembre 2008

48. CE réf., 6 janv. 2016, n° 395622 (atteinte au droit au respect de la vie familiale et à l'intérêt supérieur des enfants d'une personne assignée et tenue de se présenter à un commissariat situé à dix kilomètres de sa commune qui abritait pourtant un poste de police).

et le droit français n'autorisent quoi qu'il en soit pas au-delà d'un certain délai), tout en prévenant un risque de fuite. L'assignation de longue durée permet ainsi de ne pas totalement renoncer à la mise à exécution d'une mesure d'éloignement, fut-ce au prix d'une ingérence dans l'exercice de droits protégés. Si l'on peine à souscrire totalement à un tel raisonnement (l'absence d'assignation condamne-t-elle de manière si certaine cette perspective ? Simultanément, pourquoi assigner de manière durable une personne qu'aucun État ne souhaite et ne souhaitera sans doute jamais accueillir ?), on doit en même temps s'incliner devant l'obstination du législateur que le Conseil constitutionnel n'encadre qu'à l'extrême marge.

1. La question prioritaire de constitutionnalité n'était pas dirigée contre le principe même de l'assignation à résidence. La jurisprudence constitutionnelle rendait une telle contestation parfaitement vaine. Depuis 1993, il est en effet jugé de manière inlassable qu'« aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national », de sorte que « les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques »⁴⁹. La décision du 30 novembre 2017 le rappelle mot à mot (consid. 4) pour bien signifier que l'assignation constitue une mesure de police administrative réputée indispensable pour assurer le respect des lois sur l'immigration.

Cette latitude d'action de l'administration ne doit pas être mal comprise. Loin de lui ouvrir un pouvoir discrétionnaire, la loi impose de justifier une ingérence dans l'exercice de la liberté d'aller et venir d'un étranger par un objectif d'intérêt général ou d'ordre public. C'est à ce titre qu'une assignation peut être motivée par « l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière (lequel) participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle⁵⁰ ». Par ailleurs, « le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République », pour le moins la liberté d'aller et de venir, s'articule avec la prévention des atteintes à l'ordre public⁵¹. Il se déduit de ce raisonnement une exigence somme toute banale de proportionnalité qui condamne une restriction de la liberté d'aller et venir illimitée dans le temps qui ne serait pas justifiée par les nécessités de l'ordre public. L'illégalité est, si l'on peut dire, d'autant plus acquise si la loi n'impose pas de justifier la permanence des motifs d'ordre public à intervalles réguliers.

49. CC, décis. n° 93-325 DC, 13 août 1993, consid. 3.

50. CC, décis. n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, consid. 64.

51. CC, décis. du 9 juin 2011 préc., consid. 78.

Dans la décision commentée, le Conseil en déduit que l'absence d'obligation mise à la charge de l'administration de justifier de « circonstances particulières imposant le maintien de l'assignation » porte une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir (consid. 10). Cette atteinte concerne les étrangers sous le coup d'une interdiction judiciaire du territoire et non ceux visés par un arrêté d'expulsion dont l'existence même « atteste de la persistance de la menace à l'ordre public » (consid. 10)⁵². Le raisonnement du Conseil emprunte à celui qui a permis d'encadrer les assignations de longue durée durant l'état d'urgence dont la durée « ne peut en principe excéder douze mois, consécutifs ou non » et qui doivent être renouvelées au regard du « comportement de la personne, qui doit révéler une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics »⁵³.

On relèvera que le Conseil conteste ici moins la durée illimitée de l'assignation que sa nécessité, qui tantôt est présumée (expulsion), tantôt doit être établie de manière patente (interdiction judiciaire du territoire). Cette durée illimitée constituait d'ailleurs la règle jusqu'à la réforme du 16 juin 2011 qui avait fixé un seuil de six mois renouvelable. La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 a mis fin à la possibilité de renouvellements multiples, hors le cas des étrangers visés par un arrêté d'expulsion ou une interdiction judiciaire du territoire.

2. Le Conseil constitutionnel a tiré une deuxième conséquence de la durée illimitée d'assignation à résidence. Parce que cette durée « en accroît la rigueur », il a été imposé au ministre de l'Intérieur de retenir des conditions et lieux d'assignation à résidence tenant compte « du temps passé sous ce régime et des liens familiaux et personnels » (consid. 11). On l'a déjà signalé, cette exigence n'est pas inédite. Il en est de même du grief tiré de l'atteinte à la liberté individuelle qui a été écarté au motif (réversible si l'on considère la nature de l'assignation sous bracelet électronique en matière pénale par substitution à une peine de prison) que la « seule prolongation dans le temps d'une [...] mesure d'assignation à résidence n'a pas pour effet de modifier sa nature et de la rendre assimilable à une mesure privative de liberté⁵⁴ ». Il en est autrement si la plage horaire maximale de l'astreinte à domicile dépasse un seuil que le Conseil fixe à douze heures par jour. Au-delà de cette limite, l'assignation prend la forme d'« une mesure privative de liberté

52. Cette « persistance » de la menace pour l'ordre public doit en tout état de cause être réexaminée tous les cinq ans depuis 2003 (C. étrangers, art. L. 524-2). Le refus d'abrogation ouvre alors un recours à la personne concernée.

53. CC, décis. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, consid. 17.

54. Consid. 16. Le Conseil reprend ici le raisonnement appliqué aux assignations prononcées sous le régime de l'état d'urgence (CC, décis. n° 2017-624 QPC, 16 mars 2017, consid. 7).

contraire aux exigences de l'article 66 de la Constitution, dans la mesure où elle n'est pas soumise au contrôle du juge judiciaire⁵⁵ ».

Si ce point n'était pas contesté dans la question prioritaire de constitutionnalité, on remarquera que le grief tiré de l'atteinte à la liberté individuelle et à la vie privée et familiale perd une partie de sa pertinence pour les assignations de courte durée (45 jours tout de même) visant des étrangers « dont l'éloignement demeure une perspective raisonnable » (C. étrangers, art. L. 561-2). Appelée à se banaliser selon les vœux des porteurs de la réforme du 7 mars 2016, la légalité de cette assignation est d'autant plus facilement admise qu'elle répond à un objectif aisément identifiable : éloigner une personne identifiée pour des motifs tenant pour l'essentiel à l'irrégularité de son séjour. Elle est à ce titre proportionnée puisqu'elle « se substitue à une mesure de rétention » plus contraignante. Pour cette raison, elle ne constitue pas une mesure privative de liberté individuelle car elle n'entrave pas de manière durable la liberté de circulation⁵⁶.

3. L'exigence d'un droit à un recours juridictionnel effectif aurait pu être déduite de la durée de l'assignation à résidence. Précisément, une voie de recours spécifique fait défaut, notamment lorsque l'administration prolonge l'assignation ou en modifie le régime. Pareille option n'a jamais été envisagée par le législateur qui s'est notamment abstenu de consacrer un recours suspensif d'exécution pour éviter que la contestation d'une assignation à résidence entraîne son report jusqu'à la décision du juge. Dans ce contexte, le juge administratif a toujours admis que le contentieux de l'assignation à résidence était régi par les règles du recours pour excès de pouvoir de droit commun⁵⁷.

Le Conseil constitutionnel s'est borné à prendre acte de cette situation pour constater que l'arrêté d'assignation pouvait faire l'objet d'un recours dans les conditions du droit commun, relevant de manière surabondante que l'absence formelle de décision de renouvellement n'interdisait pas de solliciter la levée de la mesure. À cette occasion, l'étranger concerné peut solliciter le réexamen de sa situation, obtenir un amoindrissement des conditions d'assignation (fréquence des obligations de pointage, interdiction de travailler, plage d'assignation, etc.) et, surtout, contester la légalité de la mesure (consid. 18 et 19). Le Conseil a par là même préféré mettre en avant la disponibilité du recours en éludant une réalité contentieuse : le juge confirme de manière presque invariable les assignations

55. Consid. 15. Cette exigence avait été posée pour les assignations prononcées sous le régime de l'état d'urgence (CC, décis. n° 2015-527 QPC, 22 déc. 2015, consid. 6 et 16 mars 2017, et n° 2017-624 QPC, consid. 6).

56. CC, décis. du 9 juin 2011 préc., consid. 68 et 79.

57. CE, 6 déc. 1985, n° 043010, *min. Int. c/ Zuzuarregui Redond*.

à résidence en l'absence d'alternative de nature à prévenir un risque de fuite. La présente affaire en constitue une parfaite illustration. Quant au juge des référés, il constate par principe que l'étranger exposé à un risque d'assignation ou déjà assigné ne satisfait pas à la condition d'urgence⁵⁸.

B – UN BALISAGE CONSTITUTIONNEL AUX EFFETS LIMITÉS

Appliquée à l'espèce, la grille de lecture proposée par le Conseil constitutionnel induit des conséquences pratiques de faible portée. Le législateur en a clairement pris conscience si l'on veut bien considérer les dispositions de la loi n° 2018-187 du 20 mars 2018 qui n'impactent qu'à l'extrême marge le régime des assignations à résidence de longue durée.

1. Pour se concentrer tout d'abord sur les effets de la question prioritaire de constitutionnalité, on observera que la situation du requérant risque fort bien d'être confirmée. Son assignation à résidence a été justifiée par la nécessité de garantir sa représentation et « d'organiser les conditions de son maintien temporaire sur le territoire français, alors qu'il n'a pas de titre l'autorisant à y séjourner, en tenant compte des troubles à l'ordre public que ce maintien est susceptible d'occasionner » (consid. 7). Ne pouvant pas rejoindre l'Algérie et de toute évidence admissible dans aucun pays tiers si l'on considère ses antécédents judiciaires, il ne peut dans le même temps pas prétendre à un régime de liberté. Il est en effet dépourvu de droit de séjour après s'être rendu coupable d'une infraction d'une gravité particulière (consid. 8).

Il ne pourra par ailleurs pas se plaindre de l'absence de durée de placement qui n'a été jugée contraire, en elle-même, à aucune exigence constitutionnelle. Plus encore, cette mesure est réputée assurer l'exécution d'une décision de justice qui est subordonnée à un départ effectif du territoire français (consid. 9). La finalité de l'assignation en commande ici la rigueur. Il reste qu'« au-delà d'une certaine durée » (consid. 10) finalement fixée à cinq ans par le législateur (voir ci-dessous), cette nécessité devra être établie.

C'est précisément parce que la loi n'imposait pas la démonstration d'une telle preuve que le dispositif a été censuré. Ce seuil a déjà été atteint pour le requérant, assigné depuis 2009. On peut penser que la gravité des faits reprochés (un projet d'attentat contre l'ambassadeur

58. Une mesure d'assignation à résidence ne crée pas par elle-même une situation d'urgence (CE réf., 5 nov. 2014, n° 385451). Cette urgence ne se déduit notamment pas de l'impossibilité de se déplacer pour rechercher un emploi alors que, séjournant irrégulièrement et en instance d'éloignement, l'intéressé n'est pas autorisé à travailler. Ce dernier ne peut pas non plus faire état de difficultés à rencontrer son avocat alors qu'il peut avoir recours aux services d'un nouveau conseil qui peut se rapprocher de son confrère. L'imminence de l'éloignement forcé ne caractérise enfin pas une urgence car cette situation résulte du caractère exécutoire de la mesure de départ forcé et non de l'assignation à résidence (CE, 7 juin 2011, n° 349817, *M. B.*)

américain déjoué le 25 septembre 2001 et une formation paramilitaire en Afghanistan et au Pakistan), bien qu'anciens, devrait établir l'actualité de la menace pour l'ordre public. La multiplication des attentats commis en France depuis 2015 pourrait également conforter une telle conclusion. Et, quoi qu'il en soit, l'interdiction judiciaire du territoire définitive prononcée par la cour d'assises en 2005 demeure.

Tout au plus, parce que « la durée indéfinie de la mesure d'assignation à résidence en accroît la rigueur », l'administration pourrait être tenue de « retenir des conditions et des lieux d'assignation à résidence tenant compte, dans la contrainte qu'ils imposent à l'intéressé, du temps passé sous ce régime et des liens familiaux et personnels noués par ce dernier » (consid. 11). Cette réserve d'interprétation que le législateur s'est malheureusement abstenu de codifier pourrait conduire à un réaménagement des modalités d'assignation. Celles-ci semblent en effet avoir été définies sans considération portée à la situation familiale de l'intéressé, célibataire sans enfant mais dont la famille proche, de nationalité française, réside en France. Or, l'administration a choisi un lieu d'assignation distinct du domicile du requérant, prévu une importante plage horaire de contrainte (10 heures par jour) et une obligation de pointage très stricte (4 pointages par jour). Ce réaménagement s'impose d'autant plus en l'absence de perspective d'éloignement à brève échéance, sauf à envisager l'hypothèse où les autorités algériennes apporteraient des garanties à la France de ne pas exposer l'intéressé à des peines et traitements inhumains ou dégradants⁵⁹.

2. Le gouvernement devait remédier à l'inconstitutionnalité avant le 30 juin 2018. Pour anticiper cette échéance, le choix a été fait de compléter une proposition de loi débattue à l'Assemblée nationale seulement sept jours après la décision du Conseil constitutionnel⁶⁰. Cette précipitation pourrait expliquer en partie le caractère minimaliste du dispositif finalement retenu.

59. Par analogie, on signalera que le gouvernement français a engagé une seconde procédure d'extradition rendue nécessaire par une condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait constaté que la mise à exécution d'un décret d'extradition emporterait une violation de l'article 3 de la Convention. Rien ne s'oppose à une reprise de la procédure au vu d'éléments nouveaux de nature à satisfaire aux exigences de la Convention, en particulier de garanties dont bénéficierait l'intéressé dans le cadre de son jugement et sur les conditions de son éventuelle détention (CE sect., 22 déc. 2017, n° 408811).

60. La proposition visait à permettre de placer à nouveau en centre de rétention les candidats à l'asile en instance de transfert. Ce placement avait été déclaré contraire à l'article 28 du règlement (UE) n° 604/2013 du 26 juin 2013 qui subordonne un tel placement à un « risque non négligeable de fuite » que les États doivent définir sur la base de critères objectifs (CJUE, 15 mars 2017, *Al Chodor*, aff. C-528/15, § 45. – constatant la carence du droit français, Cass. civ. 1re, 27 sept. 2017, n° 17.15160 et CE avis, 19 juill. 2017, n° 408919). Le projet de loi présenté en conseil des ministres le 21 février 2018 qui réforme en profondeur le droit des étrangers et de l'asile avait tiré des conséquences similaires de la décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2017. Le calendrier d'adoption de cette loi risquait toutefois de ne pas coïncider avec celui imposé par le Conseil constitutionnel.

La loi n° 2018-187 du 20 mars 2018 *permettant une bonne application du régime d'asile européen* (ce titre révélant par lui-même que l'intervention du législateur était concentrée sur une tout autre question) rappelle tout d'abord le principe d'une assignation de longue durée décidée pour six mois, renouvelable une fois. Elle confirme également que l'assignation peut être renouvelée tant que l'interdiction de retour ou l'interdiction de circulation sur le territoire français demeure exécutoire (aucune assignation n'a jamais été prononcée sur ce fondement) et dans le cas d'un étranger visé par un arrêté d'expulsion ou d'une interdiction judiciaire du territoire.

Conséquence de la décision du 30 novembre 2017, le législateur s'est borné à poser que dans ces derniers deux cas de figure, le maintien de l'assignation à résidence était conditionné, au-delà d'une durée de cinq ans, à des « circonstances particulières justifiant cette prolongation au regard, notamment, de l'absence de garanties suffisantes de représentation de l'étranger ou si sa présence constitue une menace grave pour l'ordre public. » Une lecture optimiste pourrait déceler dans cette formule une limite temporelle aux assignations de longue durée. De fait, l'administration devra formellement édicter un nouvel arrêté d'assignation établissant ces « circonstances particulières ». Une autre lecture reste possible. Elle repose sur l'idée que cette exigence est satisfaite à la lumière même de la gravité des faits reprochés et des perspectives d'éloignement qui, si elles sont parfois illusoire, existent toujours. L'avenir dira si le juge, saisi d'une décision de prolongation, opérera le même contrôle que lorsqu'il est saisi d'un refus d'abrogation d'un arrêté d'expulsion en application de l'article L. 524-2 du Code des étrangers. En pareil cas, le juge s'assure de la pertinence de la menace pour l'ordre public, de l'ancienneté des faits reprochés et du comportement de la personne.

Saisi de la proposition de loi, le Conseil constitutionnel a totalement éludé la réforme de l'assignation à résidence de longue durée pour porter son attention sur la seule question de la rétention des candidats à l'asile en instance de transfert⁶¹. Ce silence est d'autant plus incompréhensible que le nouveau dispositif ne limite pas formellement la durée d'une assignation à résidence (l'examen quinquennal n'interdisant pas une nouvelle prolongation) et s'abstient de promouvoir une voie de recours spécifique (il est vrai que la décision du 30 novembre 2017 ne l'exigeait nullement). Pour le moins, pourquoi n'avoir pas coupé la voie à de futures questions prioritaires de constitutionnalité ?

Vincent Tchen

61. CC, décis. n° 2018-762 DC, 15 mars 2018.

- **Décisions n° 2017-677 QPC du 1^{er} décembre 2017, Ligue des Droits de l'Homme [Contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules dans le cadre de l'état d'urgence] et n° 2017-684 QPC du 11 janvier 2018, La cabane juridique / Legal Shelter et autre [Zones de protection ou de sécurité dans le cadre de l'état d'urgence]**

*CLAP DE FIN DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ
DE LA LOI RELATIVE À L'ÉTAT D'URGENCE
UNE QPC À BOUT DE SOUFFLE ?*

De la satisfaction. Tel était certainement le sentiment le plus partagé par les acteurs du droit et de la justice lors de l'entrée en vigueur de la Question Prioritaire de Constitutionnalité en 2010 : enfin, une voie de droit existait pour s'assurer de la conformité à la Constitution des lois en vigueur ; enfin, le justiciable devenait un « majeur constitutionnel⁶² » et pouvait contester la constitutionnalité d'une loi applicable au litige auquel il était partie ; enfin, pouvaient être palliés les écueils d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* trop souvent soumis aux aléas de la conjoncture politique ; enfin, le Conseil constitutionnel assurerait pleinement son rôle de garant des droits et libertés constitutionnels. Indéniablement, la QPC a atteint nombre de ces objectifs⁶³. Des difficultés et incertitudes n'ont toutefois pas manqué d'émerger, que ce soit sur le fonctionnement de la QPC ou la portée des décisions rendues⁶⁴, invitant à nuancer ce *satisfecit* initial, et surtout à enrichir les perspectives pour perfectionner ce mécanisme. À cet égard, les deux dernières années de contrôle de constitutionnalité de la loi relative à l'état d'urgence, que viennent clore les présentes décisions, en offrent une occasion certaine.

Les décisions du 1^{er} décembre 2017 et du 11 janvier 2018 portent sur deux mesures collectives de police de la loi du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Dans la première, le Conseil examinait l'article 8-1 de la loi relatif aux contrôles d'identité, à l'inspection visuelle et à la fouille des bagages, ainsi qu'à la visite des véhicules présents dans l'espace public, que peuvent mener les officiers de police judiciaire sur autorisation du préfet. Absent de la version originelle de la loi de 1955, ce dispositif a

62. R. Badinter, « Une longue marche "du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2009, n° 25.

63. J.-J. Urvoas, *Rapport d'information sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Commission des lois, Assemblée nationale, n° 842, 27 mars 2013 ; « Le Conseil constitutionnel : trois ans de la QPC », *NCCC*, n° 40, avril 2013 ; « Cinq ans de QPC », *NCCC*, n° 47, avril 2015.

64. Parmi de nombreux travaux, voir : J. Bonnet, P.-Y. Gadhoum (dir.), *La QPC : une révolution inachevée ?* Institut Varenne, coll. Colloques et essais, 2016 ; E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), *La QPC, vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Varenne, coll. Colloques et essais, 2016.

été introduit en juillet 2016, lors de la troisième prorogation de l'état d'urgence depuis sa déclaration le 14 novembre 2015⁶⁵. Introduites tardivement, ces mesures n'ont en pas moins été mobilisées intensément, puisque, jusqu'à la levée de l'état d'urgence le 1^{er} novembre 2017, ce sont 5 229 arrêtés qui ont été adoptés sur ce fondement⁶⁶. Dans la seconde décision, était contrôlé l'article 5, 2^o de la loi portant sur la faculté d'instituer des zones de protection ou de sécurité, au sein desquelles les déplacements de personnes sont restreints. Contrairement au premier dispositif, celui-ci figure dans la version originelle de la loi de 1955⁶⁷ et a été mobilisé tout au long de la dernière application de l'état d'urgence, à 80 reprises⁶⁸. C'est ainsi qu'à l'occasion de la mise en œuvre de ces mesures en 2016, deux QPC ont été soulevées devant le juge administratif et transmises au Conseil constitutionnel, appelé à en contrôler la conformité principalement au regard de la liberté d'aller et venir et du droit au respect de la vie privée. Or, faute de conditions et de garanties suffisantes prévues, le Conseil les déclare contraires à la Constitution.

Bien que classiquement motivées et intervenant après la levée de l'état d'urgence, ces décisions retiennent l'attention à plus d'un titre. Tout d'abord, elles mettent un terme à deux années de contentieux QPC de l'état d'urgence, à l'issue duquel elles constituent les 5^e et 6^e inconstitutionnalités de la loi de 1955 : il s'agit ainsi de voir dans quelle mesure celles-ci s'inscrivent dans la continuité des précédentes décisions et de dresser un bilan de ce contrôle. Ensuite, les dispositions examinées dans ces décisions sont symboliques du dévoiement auquel a donné lieu l'état d'urgence depuis le 14 novembre 2015⁶⁹. D'une part, les mesures de police prises sur le fondement des articles 8-1 et 5, 2^o de la loi de 1955 ont été mobilisées pour des exigences d'ordre public éloignées de celles ayant justifié la déclaration de l'état d'urgence. Tant les zones de protection ou de sécurité, que les contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules, ont été également autorisés pour « répondre à des enjeux sécuritaires de basse intensité » et révèlent une « grande hétérogénéité

65. Article 4 de la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste.

66. *Synthèses des mesures administratives prises en application de la loi du 3 avril 1955*, Contrôle parlementaire de l'état d'urgence, Commission des lois, Assemblée nationale, jusqu'au 30 octobre 2017.

67. Voir notamment, A. Heymann, *Les Libertés publiques et la guerre d'Algérie*, LGDJ, 1972.

68. Ce chiffre demeure approximatif, le nombre de zones de protection ou de sécurité mises en place entre le 14 novembre 2015 et le 21 juillet 2016 n'étant pas connu. Il s'agit toutefois du chiffre avancé par le Ministre de l'Intérieur : *Discussion en séance publique sur le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, Assemblée nationale, 1^{re} séance du jeudi 6 juillet 2017.

69. J.-L. Halperin, S. Hennette-Vauchez, E. Millard, *L'État d'urgence : de l'exception à la banalisation*, Presses universitaires de Paris Nanterre, coll. Actualités, 2017 ; M. Delmas-Marty, « De l'état d'urgence au despotisme doux », *Libération*, 16 juin 2017.

des motifs invoqués »⁷⁰, détachés de la logique d'urgence ou d'exception censée les justifier⁷¹. D'autre part, ces mesures de police confirment la porosité accrue entre le droit commun et le droit d'exception. Alors que l'article 8-1 de la loi de 1955 se réfère expressément à l'alinéa 8 de l'article 78-2 et à l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale, ces dispositifs ont tous deux intégré le droit commun pour prévenir les actes de terrorisme, depuis la loi du 30 octobre 2017⁷². Ces décisions étaient donc attendues, afin d'analyser l'intensité du contrôle de constitutionnalité mobilisée par voie de QPC.

À première vue, l'on pourrait se réjouir des censures prononcées. À l'aune des dernières saisines du Conseil constitutionnel relatives à l'état d'urgence, est de nouveau démontrée l'idée selon laquelle la loi de 1955 contenait des dispositifs contraires aux droits et libertés⁷³. L'ensemble des mesures de cet état d'exception ayant été soumis au contrôle de constitutionnalité, la loi de 1955 se trouve désormais toilettée de ses dispositions inconstitutionnelles. Au-delà de ce *satisfecit* indéniable, c'est pourtant l'amertume qui l'emporte à la lecture de ces décisions. Si celles-ci sont symboliques d'un défi relevé par la QPC, celui de purger la loi du 3 avril 1955 de ses inconstitutionnalités (A), elles n'en révèlent pas moins les revers de la pratique de la QPC, qui peine encore à pleinement répondre à l'un de ses enjeux : consolider l'État de droit (B).

A – UN DÉFI RELEVÉ : ASSURER LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI RELATIVE À L'ÉTAT D'URGENCE

Alors que le Conseil constitutionnel n'a été saisi d'aucune des lois proageant l'application de l'état d'urgence et modifiant son régime avant leur entrée en vigueur ces deux dernières années, force est de constater que la QPC a ici rempli son office : celui d'offrir aux justiciables la possibilité de mettre en cause la loi relative à l'état d'urgence au regard des droits et libertés constitutionnels et, ainsi, de permettre au Conseil d'abroger les dispositions qui leur contreviendraient. En l'occurrence, les décisions du 1^{er} décembre 2017 et du 11 janvier 2018 permettent au

70. D. Raimbourg, J.-F. Poisson, *Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence* n° 4281, 6 décembre 2016, spéc. p. 85-87 et p. 91-93.

71. Conformément à la circulaire du 14 novembre 2015 relative à la mise en œuvre du décret du même jour portant application de la loi du 3 avril 1955, il s'agit de recourir à l'article 5, 2° de la loi « pour déterminer un périmètre de protection autour des bâtiments publics, édifices privés, qui par leur affectation ou leur situation, constituent un type de cibles privilégiées pour les auteurs d'attentats applicables en dehors des heures d'ouverture de ces bâtiments ».

72. Articles 1^{er} et 19 de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

73. R. Drago, « L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques », *RDP*, 1955, p. 670-705, spéc. p. 704.

Conseil d'examiner la constitutionnalité de deux mesures collectives de police, alors même que la pratique administrative de ces dispositifs ne facilitait pas, de prime abord, le dépôt d'une QPC (1). Par là même, elles lui offrent l'occasion de préciser de nouveau le régime des droits et libertés prévalant sous l'état d'urgence (2).

1 – Des mesures collectives finalement contrôlées

À la différence des mesures individuelles de police telles que les assignations à résidence et les perquisitions administratives qui ont donné lieu à des QPC dès la déclaration de l'état d'urgence⁷⁴, il n'était guère assuré que les mesures collectives de police prévues aux articles 8-1 et 5, 2° de la loi de 1955 puissent être examinées par cette voie de droit⁷⁵. Le dépôt de ces QPC relève en effet, si ce n'est d'une prouesse, du moins de la persévérance d'associations impliquées dans la défense des droits et libertés, tant les conditions d'application temporelles des opérations de contrôles d'identité, visites de véhicules et fouilles des bagages, mais aussi des zones de protection ou de sécurité, n'ouvraient qu'une fenêtre contentieuse étroite aux justiciables.

La loi de 1955 prévoit que les trois types d'opération prévus à l'article 8-1 peuvent être mis en œuvre pour une durée de 24 heures. De fait, ce dispositif empêche ceux qui entendent exercer un recours en référé-liberté ou référé-suspension devant le juge administratif de le faire, puisque l'application de l'arrêté préfectoral prend fin avant que le juge ne soit en mesure de statuer. Le recours à ces dispositifs depuis le 21 juillet 2016, généralement autorisés pour des durées de neuf à dix heures, voire sur des périodes de trois heures réitérées tous les jours⁷⁶, confirme la faible possibilité d'exercer un recours contentieux. Comme le souligne Paul Cassia, face à ces « actes administratifs jetables », il semble illusoire de voir un particulier saisir le juge administratif au motif que ceux-ci sont susceptibles de lui être appliqués, ou solliciter leur annulation alors qu'ils ne lui sont pas appliqués⁷⁷. Pour preuve, un seul recours a été déposé sur les 5 229 arrêtés adoptés, précisément celui ayant abouti à la présente

74. CC, décisis. n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *Cédric C.* ; CC, décisis. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* ; CC, décisis n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre*.

75. Jusqu'alors, seules les mesures collectives de police prévues par l'article 8 de la loi de 1955 relatif à la fermeture provisoire des salles de spectacles, débits de boissons et lieux de réunion, ainsi qu'à l'interdiction des réunions de nature à provoquer ou entretenir le désordre, avaient été soumises à l'examen du Conseil constitutionnel. Voir : décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*.

76. D. Raimbourg, J.-F. Poisson, *Rapport d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence préc.*, p. 93.

77. P. Cassia, *Contre l'état d'urgence, op. cit.*, p. 197-198 ; P. Cassia, « État d'urgence : l'insupportable droit à l'erreur du législateur », *Médiapart, Le Blog de Paul Cassia*, 4 décembre 2017.

QPC⁷⁸. En l'espèce, l'arrêté autorisant des contrôles d'identité, inspections visuelles et fouilles de bagages, dans les transports en commun de voyageurs par voie ferrée de Paris, a été contesté par la Ligue des droits de l'homme par la voie du recours pour excès de pouvoir, bien qu'il ait pris fin dès le lendemain.

On aurait alors pu penser que cette difficulté n'en soit pas une à l'égard des zones de protection ou de sécurité, puisque l'article 5, 2^o de la loi de 1955 ne fixe pas de limite temporelle à son utilisation. Or, la pratique administrative a là aussi rendu épineux l'exercice de recours contentieux. Ces dispositifs ont été mis en place sur de courtes durées, comme à l'occasion du passage du Tour de France à Paris le dimanche 24 juillet 2016, de 6 h 00 à 23 h 00⁷⁹, ou de l'opération « Paris Plage » 2016, à certains horaires entre le 24 juillet et le 4 septembre 2016⁸⁰. Dans le cadre du litige à l'occasion duquel la QPC a été posée, l'arrêté portant création d'une zone de protection à Calais a été abrogé trois jours après son entrée en vigueur, conduisant le juge des référés du Tribunal administratif à prononcer un non-lieu à statuer⁸¹. Seul un recours pour excès de pouvoir, déposé par des associations délivrant des conseils juridiques aux personnes vulnérables, demeurait possible pour solliciter l'annulation de l'arrêté⁸².

Si le contexte dans lequel ces QPC ont été soulevées méritait d'être retracé, c'est qu'elles éclairent, à nos yeux, les limites du contrôle *a posteriori*. D'une part, elles invitent à relativiser l'idée, bien intégrée par le législateur, selon laquelle la QPC permet de s'assurer que la conformité des lois aux droits et libertés constitutionnels pourra *in fine* être examinée et ainsi de suppléer une saisine du Conseil constitutionnel avant leur entrée en vigueur. En pratique, la complémentarité de la QPC vis-à-vis du contrôle *a priori* peut être une illusion d'optique : sauf à considérer qu'un seul recours sur les 5 229 arrêtés pris sur le fondement de l'article 8-1 de la loi de 1955 suffit à le réfuter, l'utilisation faite de la loi peut freiner le dépôt d'une QPC. Ce constat doit ainsi attirer l'attention des autorités compétentes sur la nécessité d'exercer leur pouvoir de saisine *a priori*, qui plus est lorsqu'est en jeu l'exercice de droits et libertés en des

78. CE, 10^e et 9^e chambres réunies, décision de renvoi du 22 septembre 2017, n^o 411771.

79. Arrêté n^o 2016-00996 instituant une zone de protection et de sécurité où le séjour des personnes est réglementé et différentes mesures d'interdiction dans un périmètre comprenant notamment l'avenue des Champs-Élysées à l'occasion de l'arrivée du 103^e Tour de France cycliste.

80. Arrêté n^o 2016-00997 instituant une zone de protection et de sécurité où le séjour des personnes est réglementé et autorisant les opérations prévues par l'article 8-1 de la loi n^o 55-383 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence durant l'opération « Paris Plage » 2016.

81. TA Lille, Ord. Réf., *Groupe d'information et de soutien des Immigré-e-s*, 28 octobre 2016, n^o 1608070.

82. TA Lille, ord., 12 juillet 2017, *La Cabane Juridique, Legal Shelter, Le Réveil voyageur*, n^o 1610295 ; CE, 2^e et 7^e chambres réunies, décision de renvoi du 6 octobre 2017, n^o 712407.

temps mouvementés. D'autre part, ces décisions confirment le caractère intrinsèquement abstrait du contentieux QPC. Non seulement l'intérêt de ces procédures tient davantage à la volonté de s'assurer de la conformité de la loi de 1955 aux droits et libertés qu'au bénéfice concret qu'en tire le justiciable – les dispositifs ayant épuisé leurs effets –, mais le fait que le Conseil ne prend pas ici en compte la difficulté de l'exercice du recours contentieux, le montre aussi. Si tel avait été le cas, l'on aurait pu s'attendre à ce qu'il retienne le grief tiré de la violation du droit à un recours juridictionnel effectif, ce qu'il ne fait pas⁸³.

Sur le fond, le Conseil s'en tient alors à l'examen de la conformité des mesures de police à la liberté d'aller et venir et, dans le cadre de la première décision, au droit au respect de la vie privée, réitérant un raisonnement connu et désormais acquis.

2 – Un régime de droits et libertés de nouveau précisé

Si le dépôt de QPC à l'encontre des mesures prévues aux articles 8-1 et 5, 2° de la loi de 1955 s'est révélé complexe, le raisonnement déployé par le Conseil constitutionnel pour en examiner la conformité aux droits et libertés garantis était quant à lui prévisible. Depuis décembre 2015, celui-ci a précisé à plusieurs reprises les conditions dans lesquelles l'exercice de la liberté d'aller et venir peut faire l'objet de restrictions dans le cadre de l'état d'urgence. Ce faisant, ces décisions confirment le régime des droits et libertés sous cet état d'exception.

Pour examiner les mesures litigieuses, le Conseil retient un raisonnement classique découlant de sa jurisprudence déployée en droit commun, mais aussi de celle rendue dans le cadre spécifique de l'état d'urgence. Conformément à sa décision du 5 août 1993 portant sur la loi relative aux vérifications et aux contrôles d'identité⁸⁴, il s'assure que « des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public » justifient les opérations de police prévues à l'article 8-1 de la loi de 1955, réitérant l'incompatibilité de leur pratique « de manière généralisée et discrétionnaire »⁸⁵ avec la liberté d'aller et venir et le droit au respect de la vie privée⁸⁶. Il vérifie en outre le cadre dans lequel peut être mise en œuvre une mesure de police⁸⁷, compte tenu des conditions auxquels elle est soumise et des garanties qui l'entourent⁸⁸. Bien que faisant l'objet

83. CC, décis. n° 2017-677 QPC du 1^{er} décembre 2017, préc., cons. 2-3.

84. CC, décis. n° 93-323 DC du 5 août 1993, *Loi relative aux contrôles et aux vérifications d'identité*, cons. 9.

85. *Ibid.* ; CC, décis. n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017, *M. Ahmed M. et autre*, § 20.

86. CC, décis. n° 2017-677 QPC, préc., § 6.

87. *Idem*, § 5 ; CC, décis. n° 2017-684 QPC, préc., § 5.

88. CC, décis. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 7-10 et 15-16.

d'un contrôle dorénavant moins approfondi compte tenu de la prégnance de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public⁸⁹, ces balises sont mobilisées de manière constante dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de la loi relative à l'état d'urgence. Que ce soit à propos des assignations à résidence⁹⁰, des perquisitions administratives⁹¹, de la police des réunions⁹² ou de l'interdiction de séjour⁹³, le Conseil vérifie les circonstances spécifiques dans lesquelles l'autorité de police peut recourir aux dispositifs de la loi de 1955, au-delà de celles liées à la déclaration de l'état d'urgence, ainsi que la définition des conditions, garanties et mesures qu'ils autorisent. Or, ces indications font précisément défaut au sein des articles 8-1 et 5, 2° de la loi de 1955, ce qui conduit le Conseil à les censurer⁹⁴.

Dès lors, se trouvent de nouveau précisés les critères de constitutionnalité des mesures de police propres à l'état d'urgence : d'une part, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public doivent être indiquées pour justifier le recours à ces dispositifs, en plus des conditions de déclenchement de l'état d'urgence tenant « au péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou « d'évènements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique »⁹⁵ ; d'autre part, doivent être énoncées les conditions auxquelles les mesures de police sont subordonnées, leurs garanties et les opérations qu'elles peuvent engendrer. Autrement dit, comme le rappellent les sept décisions QPC portant sur les dispositions de la loi de 1955 précédant celles du 1^{er} décembre 2017 et du 11 janvier 2018, leur constitutionnalité est subordonnée aux conditions générales et spéciales de *recours* à ces mesures, et aux conditions de *mise en œuvre* de ces mesures.

Ce faisant, l'examen de la loi de 1955 au regard des droits et libertés constitutionnels se trouve parachevé, de même que la prévisibilité du régime des droits et libertés sous l'état d'urgence, conforté. Pourtant, de ce constat, se dresse l'impression étrange que ces décisions auraient pu être évitées. Elles auraient même dû être évitées, tant le législateur aurait pu prendre en compte bien avant la jurisprudence du Conseil pour veiller à la conformité de la loi de 1955 à la Constitution. La qualité de notre

89. Qu'il soit ici permis à l'auteur de ces lignes de renvoyer ici à son ouvrage : P. Gervier, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, LGDJ-Lextenso, Paris 2014, p. 161 *sq.*

90. CC, décis. n° 2015-527 QPC, préc., cons. 11 ; CC, décis. n° 2017-624 QPC, préc., § 17.

91. CC, décis. n° 2016-536 QPC, préc., cons. 14 ; CC, décis. n° 2016-567/568 QPC, préc., § 8 ; CC, décis. n° 2016-600 QPC, préc., § 13.

92. CC, décis. n° 2016-535 QPC, préc., cons. 8.

93. CC, décis. n° 2017-635 QPC du 9 juin 2017, *M. Emile L.* [Interdiction de séjour dans le cadre de l'état d'urgence], § 6.

94. CC, décis. n° 2017-677 QPC, préc., §§ 6-7 ; CC, décis. n° 2017-684 QPC, préc., §§ 5-6.

95. Art. 1^{er} de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955, préc.

État de droit n'en serait-elle pas ressortie grandie ? C'est là le principal revers de la pratique de la QPC sous l'état d'urgence, que dévoilent ces décisions.

B – UN ENJEU OCCULTÉ : CONSOLIDER L'ÉTAT DE DROIT MALGRÉ L'ÉTAT D'URGENCE

Du point de vue assez unanime des acteurs de la QPC dressé au fil de sa mise en œuvre, cette voie de droit représente un apport fondamental à l'État de droit et à la protection des droits et libertés, un « saut substantiel » et un « perfectionnement » de l'État de droit⁹⁶, étant entendu comme celui dans lequel la toute-puissance du pouvoir trouve sa limite dans la règle de droit qu'il est tenu de respecter⁹⁷. L'un des objectifs de la QPC consiste en effet à redonner à la Constitution toute sa place au sommet de la hiérarchie des normes et de mieux assurer le respect des droits et libertés constitutionnels, vis-à-vis de ceux de valeur conventionnelle. Ces deux années de contentieux QPC relatif à l'état d'urgence révèlent toutefois une pratique en deçà de ces défis, tant du point de vue de l'unité de l'ordre juridique que du degré de protection des droits et libertés. Une hiérarchie des normes malmenée (1) et des droits et libertés constitutionnels *de facto* peu protégés (2) : telles sont les deux idées que l'on souhaiterait ici développer à la lumière des décisions étudiées.

1 – Une hiérarchie des normes malmenée

Dans les décisions du 1^{er} décembre 2017 et du 11 janvier 2018, faute d'une conciliation équilibrée entre l'objectif de sauvegarde de l'ordre public et les droits et libertés garantis, le Conseil déclare les articles 8-1 et 5, 2^o de la loi de 1955 contraires à la Constitution, en reportant la date d'abrogation du premier et en rendant immédiate celle du second⁹⁸. Du point de vue de l'unification de l'ordre juridique, mission qui revient traditionnellement au juge constitutionnel⁹⁹, il nous semble que, d'une part, par le caractère prévisible de ces déclarations d'inconstitutionnalité, la place de la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes aurait pu être bien avant confortée ; et que, d'autre part, par la pratique de l'abrogation différée, le non-respect de la Constitution est inéluctablement, bien que provisoirement, prolongé.

96. J.-J. Urvoas, *Rapport d'information sur la question prioritaire de constitutionnalité*, préc., spéc. p. 14, 18, 70, 109, 111, 115, 116, 119, 122, 123, 131, 142, 155.

97. J. Rivero, « État de droit, état du droit », in *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996, p. 609-614.

98. CC, décis. n° 2017-677 QPC du 1^{er} décembre 2017, préc., §§ 8-9 ; CC, décis. n° 2017-684 QPC du 11 janvier 2018, préc., §§ 7-8.

99. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Puf, coll. Thémis droit, 4^e éd., p. 58 sq.

En premier lieu, la faible prise en compte du raisonnement du Conseil constitutionnel déployé lors des examens de la loi relative à l'état d'urgence par les pouvoirs exécutif et législatif montre que ces derniers sont, en ce domaine, peu enclins à consolider la place de la Constitution au sommet de la hiérarchie normative. N'était-il pas, en effet, à portée de main du législateur de modifier les articles de la loi du 3 avril 1955, au-delà des seuls dispositifs censurés, compte tenu de la motivation retenue par le Conseil depuis sa décision du 22 décembre 2015 ? N'était-il pas à portée de main du législateur de raisonner par analogie, grâce à une « logique de prévention des inconstitutionnalités » à laquelle il obéit déjà par l'effet du contrôle *a priori*¹⁰⁰, en ajustant la loi de 1955 au regard des critères de constitutionnalité des mesures de police propres à l'état d'urgence dégagés par le Conseil ? Le législateur contemporain a bel et bien eu la possibilité de corriger les défauts constitutionnels de cette loi ces deux dernières années¹⁰¹. Pourtant, ni en mai 2016¹⁰², ni en juillet ou décembre 2016¹⁰³, ni même en juillet 2017¹⁰⁴, le législateur n'a pris en compte le raisonnement du Conseil au-delà des inconstitutionnalités constatées.

De fait, l'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, entendue comme la « qualité juridique attachée à l'interprétation de la loi et de la Constitution » par ce dernier¹⁰⁵, se trouve amoindrie. La loi du 11 juillet 2017 relative à la dernière prorogation de l'état d'urgence est révélatrice de la faible attention accordée à la jurisprudence constitutionnelle. Alors que le législateur remédie à l'inconstitutionnalité constatée dans la décision QPC du 9 juin 2017¹⁰⁶, en modifiant l'article 5, 3° de la loi de 1955 relatif à l'interdiction de séjour¹⁰⁷, il ne corrige pas les deux autres dispositifs de l'article 5 sur les interdictions de circulation et les zones de protection ou de sécurité, qui souffrent pourtant des mêmes faiblesses constitutionnelles, comme l'a démontré *in fine* la décision du 11 juillet 2018 relative à l'article 5, 2° de la loi. Dès lors,

100. J. Benetti, « Les incidences de la question prioritaires de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, n° 1, p. 42.

101. F. Sureau, *Pour la liberté. Répondre au terrorisme sans perdre raison*, Tallandier, Essais, 2017, p. 50.

102. Loi n° 2016-629 du 20 mai 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

103. Loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste ; loi n° 2016-1767 du 19 décembre 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

104. Loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

105. M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. CXXXV, 2010, p. 754.

106. CC, déc. n° 2017-635 QPC, préc.,

107. Article 2 de la loi n° 2017-1154 du 11 juillet 2017, préc.,

au gré des quatre-vingts zones de protection ou de sécurité ayant été mises en place pendant près de deux ans, le non-respect de la suprématie de la Constitution a perduré alors qu'il aurait pu être évité, qui plus est au regard des nombreux leviers dont disposent les parlementaires pour assurer la protection de la Constitution¹⁰⁸.

En second lieu, les présentes décisions révèlent que le Conseil constitutionnel ne participe pas toujours, non plus, en pratique, à redonner à la Constitution toute la place qui lui revient. Ainsi, en reportant la date d'abrogation de l'article 8-1 de la loi de 1955 au 30 juin 2018, conformément à l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, dans sa décision du 1^{er} décembre 2017¹⁰⁹, le Conseil fait perdurer l'inconstitutionnalité pendant sept mois, jusqu'à ce que le législateur modifie cette disposition. Certes, cette faculté de différer l'entrée en vigueur des décisions QPC est prévue par la Constitution elle-même. Pour autant, elle confie aussi au Conseil le soin de déterminer « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » : dans ce cadre, il peut créer un régime transitoire pour faire cesser l'inconstitutionnalité dès la publication de la décision QPC. Bien que le Conseil y recoure régulièrement¹¹⁰, aucune solution transitoire n'est ici prévue. L'inconstitutionnalité demeure donc, jusqu'à la date de l'abrogation. De fait, en cas de nouveau recours à l'état d'urgence d'ici là, le Préfet pourra autoriser des contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules, sur le fondement d'une disposition contraire à la Constitution. À la suite de la situation engendrée par la décision du 9 juin 2017, qui a permis aux préfets de poursuivre les interdictions de séjour, pourtant inconstitutionnelles, jusqu'à l'abrogation de la disposition fixée au 15 juillet 2017¹¹¹, le respect de la Constitution n'est donc pas pleinement assuré.

Telle est la situation paradoxale à laquelle aboutit la modulation dans le temps des effets des déclarations d'inconstitutionnalité : alors que l'article 62 alinéa 2 de la Constitution a été conçu pour préserver la sécurité juridique des situations dont peuvent dépendre les décisions du Conseil constitutionnel, le contentieux QPC de l'état d'urgence démontre que l'utilisation qu'il en retient peut mettre à mal les rapports hiérarchiques entre normes de l'ordre juridique. *In fine*, ce sont les droits et libertés constitutionnels qui en sont affectés.

108. F. Savonitto, *La protection parlementaire de la Constitution*, Éditions de l'université de Bordeaux, 2018, à paraître.

109. CC, décis. n° 2017-677 QPC, préc., § 9.

110. D. Rousseau, P.-Y. Gadhoun, J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ-Lextenso, 11^e éd., 2016, p. 354 *sq.* et spéc., p. 360-361.

111. CC, décis. n° 2017-635 QPC, préc., § 9.

2 – Des droits et libertés constitutionnels *de facto* peu protégés

Du point de vue de la protection des droits et libertés, les déclarations d'inconstitutionnalité prononcées dans ces décisions ne constituent qu'une source modeste de satisfaction. Compte tenu du contexte dans lequel elles sont rendues comme de leur portée, celles-ci sont peu profitables aux bénéficiaires des droits et libertés constitutionnels. Alors que le mécanisme de la QPC vise à renforcer le rôle du juge constitutionnel comme garant des droits et libertés, le contentieux de l'état d'urgence tend à s'inscrire à rebours de cet objectif.

Le principal revers lié au contexte de ces décisions relève de l'évidence : celles-ci sont rendues les 1^{er} décembre 2017 et 11 janvier 2018, alors même que les dispositions contestées de la loi de 1955 ne sont plus en vigueur depuis le 1^{er} novembre 2017. Les inconstitutionnalités et avec elles, la méconnaissance de la liberté d'aller et venir et du droit au respect de la vie privée des citoyens, ont pu pleinement perdurer jusqu'à la levée de l'état d'urgence, avant que le Conseil intervienne. S'il est inhérent au contrôle *a posteriori* que le juge statue *après* que la violation d'un droit ou d'une liberté ait eu lieu¹¹², le contentieux de l'état d'urgence et, plus encore, ces deux décisions, révèlent à quel point le juge arrive *trop tard*¹¹³.

Tout d'abord, et à rebours de la tendance générale d'un exercice constant de la saisine *a priori* du Conseil en dépit du contrôle *a posteriori*¹¹⁴, la QPC a ici paralysé les saisines *a priori* : à aucun moment, il n'a pu intervenir en amont pour empêcher l'entrée en vigueur de dispositions contraires aux droits et libertés. Dans le cadre de l'état d'urgence, la QPC semble ainsi déresponsabiliser le législateur, qui préfère prendre « le risque de l'inconstitutionnalité¹¹⁵ » pour faire face à l'urgence¹¹⁶, quand bien même le Conseil peut statuer en huit jours. À cet égard, si le projet de réforme constitutionnelle en cours devait aboutir à de nouvelles discussions sur une constitutionnalisation de l'état d'urgence¹¹⁷, il ne serait pas incongru qu'il contienne une révision de l'article 61 alinéa 1, afin que

112. A. Roblot-Troizier, « État d'urgence et protection des libertés », *RFDA*, 2016, p. 424.

113. O. Beaud, C. Guérin-Bargues, *L'état d'urgence. Etude constitutionnelle, historique et critique*, LGDJ, coll. Systèmes, 2016, spéc. p. 15.

114. J. Bonnet, « Les contrôles *a priori* et *a posteriori* », *NCCC*, n° 40, juin 2013.

115. Lors de l'introduction de l'article 8-1 dans la loi de 1955, il a été souligné que « cela ne me gêne pas que nous prenions le risque de l'inconstitutionnalité. Le Conseil constitutionnel prendra ses responsabilités, et nous prendrons ensuite les nôtres. Faciliter les contrôles d'identité et les fouilles de véhicules : voilà des outils nécessaires aux forces de l'ordre. Le cas échéant, nous en tirerons les conséquences en nous faisant constituants ». Voir : J.-L. Warsmann, *Rapport sur le projet de loi n° 3968 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence*, Assemblée nationale, n° 3978, 19 juillet 2016, p. 62.

116. F. Savonitto, « État d'urgence et risque d'inconstitutionnalité », *RDLF*, 2016, chron. n° 15.

117. Comme cela pu être évoqué à l'occasion de tables-rondes consacrées au bilan de l'état d'urgence : Assemblée nationale, Commission des lois, *L'efficacité opérationnelle de l'état d'urgence*, 11 avril 2018 [en ligne].

les lois portant sur l'état d'urgence soient obligatoirement déferées au Conseil *avant* leur entrée en vigueur : le degré de protection des droits et libertés s'en trouverait conforté. Ensuite, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le Conseil dispose de leviers pour statuer, précisément, en urgence. Alors qu'il avait rendu sa première décision relative à l'état d'urgence 11 jours après la décision de renvoi, et qu'il a déjà statué dans un délai de 2 jours¹¹⁸, l'on aurait pu penser qu'il applique ici la même célérité : saisi les 25 septembre et 11 octobre 2017, il aurait pu – et dû – statuer avant la levée de l'état d'urgence.

Ensuite, l'on aurait pu penser que le Conseil donne plein effet à la portée de ces décisions, afin que les justiciables puissent pleinement bénéficier des censures prononcées. Or, force est de constater qu'il reste, là aussi, en deçà du degré de protection des droits et libertés attendu de son intervention. Certes, et *a contrario* des précédentes décisions relatives à l'état d'urgence, la décision du 11 janvier 2018 confère un effet immédiat à l'inconstitutionnalité de l'article 5, 2° de la loi de 1955 dans sa version antérieure à la loi du 11 juillet 2017. En cas de nouveau recours à l'état d'urgence, les autorités ne pourraient donc pas instituer des zones de protection ou de sécurité sur ce fondement inconstitutionnel. De plus, la décision confirme que l'arrêté instituant la zone de protection à Calais est illégal, ce qui implique son annulation par le Tribunal administratif ayant renvoyé la QPC. Ce faisant, les personnes lésées par l'arrêté pourront solliciter une réparation auprès du juge administratif, ou le tribunal correctionnel si elles ont été condamnées en cas de violation des mesures de l'arrêté. Pour autant, toutes les autres zones de protection instituées pendant deux ans ont pu perdurer au détriment de la liberté d'aller et venir, qui a donc été méconnue tout au long de la mise en œuvre de l'état d'urgence.

Enfin et surtout, par l'abrogation différée de l'article 8-1 de la loi de 1955 au 30 juin 2018, la décision du 1^{er} décembre 2017 emporte des effets bien minces pour la protection des droits et libertés. D'une part, le Conseil ne détermine pas, alors qu'il pouvait le faire en vertu de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, les conditions dans lesquelles les effets produits par la disposition sont susceptibles d'être remis en cause. Concrètement, cette décision n'affecte pas la validité des milliers d'opérations de contrôles d'identité, fouilles de bagages et visites de véhicules menées, pendant plus d'un an, au mépris de la liberté d'aller et venir et du droit au respect de la vie privée. Dans la même veine, le Conseil avait explicitement considéré dans sa décision du 23 septembre 2016, que les actes de procédure pénale consécutifs à une perquisition administrative prise sur le fondement de l'article 11, 1° de la loi de 1955, dans sa version

118. CC, décis. n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, *Association En marche !*

antérieure à la loi du 20 novembre 2015 et déclaré alors inconstitutionnel, ne pourraient pas être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité¹¹⁹. Incontestablement, le degré de protection des droits et libertés en ressort affaibli, tant certaines personnes ont pu être pénalement condamnées sur le fondement d'une loi inconstitutionnelle¹²⁰.

D'autre part, en ne prévoyant pas de régime transitoire entre la publication de la décision et la date d'abrogation de la disposition, la méconnaissance de la liberté d'aller et venir et du droit au respect de la vie privée résultant des mesures prises sur ce fondement pourra perdurer, en cas de nouveau recours à l'état d'urgence. Au surplus, le principe même de l'abrogation différée, retenu compte tenu des conséquences manifestement excessives qu'entraînerait l'abrogation immédiate, est contestable : à la date du 1^{er} décembre 2017, non seulement l'état d'urgence n'était plus en vigueur depuis un mois, mais les autorités disposent également déjà de la faculté de procéder à de telles mesures de police sur le fondement de l'article 78-2 du Code de procédure pénale tel que modifié par la loi du 30 octobre 2017¹²¹. À rebours des signes de concrétisation du contrôle de la loi apparaissant au sein du contentieux QPC¹²², cette décision pêche par conséquent par l'absence de prise en compte par le Conseil des effets concrets de ses décisions pour protéger les droits et libertés constitutionnels.

Un peu de satisfaction, et beaucoup d'amertume : tel est le constat qu'il revient en définitive de dresser. Compte tenu des revers matériels du contentieux QPC de l'état d'urgence, comme de la spécificité qui s'en dégage, des leçons institutionnelles seront à tirer de ces deux années de contrôle de l'état d'urgence. Que la perspective du bilan des dix ans de la QPC en 2020 puisse aboutir à des propositions novatrices en la matière, afin qu'elle tienne pleinement sa promesse en faveur de la protection des droits et libertés des citoyens.

Pauline Gervier

– Décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018, Association Wikimedia France et autre [Droit à l'image des domaines nationaux]

VOIR ET AVOIR DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

La décision 2017-687 QPC, *Association Wikimedia France et autre*, rendue le 2 février 2018, a permis au Conseil constitutionnel de prendre

119. CC, déc. n° 2016-567/568 QPC, préc., § 11.

120. P. Cassia, « Les perquisitions de l'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel : acte II », *Médiapart, Le Blog de Paul Cassia*, 23 septembre 2016.

121. Article 19 de la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017, préc.

122. A. Roblot-Troizier, J. Bonnet, « La concrétisation des contrôles de la loi », *RFDA*, 2017, p. 821.

part à la controverse apparue maintenant depuis une vingtaine d'années et relative au statut et au régime de l'image des biens. Si les juges judiciaire et administratif avaient déjà eu l'occasion de se prononcer sur cette question, le législateur est lui aussi intervenu récemment grâce à la loi 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine (LCAP). Les dispositions contestées en étant issues, leur contrôle a offert au Conseil la possibilité de faire entendre sa voix.

La Cour de cassation a été la première à se prononcer sur l'image des biens. Après quelques hésitations¹²³, elle a pu affirmer, dans l'arrêt d'assemblée de 2004, *Société civile de l'hôtel de Girancourt* que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci » mais qu'il « peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal »¹²⁴. Le Conseil d'État n'a, quant à lui, pris spécifiquement position sur le statut de l'image des biens que postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel¹²⁵. Néanmoins, au regard de certaines décisions antérieures rendues par plusieurs juridictions administratives¹²⁶, il était possible d'admettre l'unanimité des juges judiciaires et administratifs sur cette question¹²⁷ : l'image ne constitue pas un bien appartenant au propriétaire de la chose. En revanche, relativement au régime de ces images, la divergence entre les deux ordres de juridiction était patente. Le Conseil d'État assimilait à une utilisation privative du domaine public toute prise de vue des biens publics mobiliers à des fins commerciales. S'il ne s'était pas encore prononcé sur le régime de l'image des biens publics immobiliers, la Cour administrative d'appel de Nantes avait, de son côté, exclu l'applicabilité du Code général de la propriété publique (CGPPP) en la matière, tout en reconnaissant le pouvoir du gestionnaire du domaine d'autoriser ou de refuser leur prise de vue et d'assortir son autorisation de conditions, y compris financières¹²⁸, consacrant selon le Professeur Foulquier un « pouvoir quasi domanial » sur l'image de ces biens¹²⁹. L'image des biens

123. Cass., 1^e Civ., 10 mars 1999, *Café Gondrée*, n° 96-18.699 ; Cass., 1^e Civ., 25 janvier 2000, Bull. civ. I, n° 24 ; Cass., 2 mai 2001, Bull. civ. I, n° 114 ; Cass. 2^e Civ., 5 juin 2003, n° 02-12.853.

124. Cass., Ass. plén., 7 mai 2004, *Hôtel de Girancourt*, n° 02-10.450.

125. CE, Ass., 13 avril 2018, req. n° 397047.

126. TA Orléans, 6 mars 2012, *Les brasseries Kronenbourg c. Domaine national de Chambord*, n° 1102187 ; CAA Nantes, 16 décembre 2015, *Établissement public du domaine national de Chambord*, n° 12NT01190 ; CE, 29 octobre 2012, *Cne de Tours c. EURL Photo Josse*, req. n° 341173, Lebon 468 ; CE, 23 décembre 2016, *Cne de Tours c. EURL Photo Josse*, req. n° 378879.

127. F. Tarlet, « L'image des biens publics », *AJDA*, 2017, n° p. 2069.

128. CAA Nantes, 16 décembre 2015, *Établissement public du domaine national de Chambord*, n° 12NT01190.

129. N. Foulquier, « Le nouveau pouvoir quasi-domanial sur les images des immeubles du domaine public », *RDI*, 2016, p. 89 ; N. Foulquier, « Hors CGPPP, le pouvoir quasi-domanial sur l'image des biens du domaine public », *AJDA*, 2016, p. 435.

appartenant aux personnes publiques était donc soumise à des règles diverses en fonction des caractéristiques de ces biens.

Loin de venir lisser ces différences, la loi LCAP a institué une nouvelle sous-catégorie de biens, celle des « domaines nationaux », englobant « les ensembles immobiliers présentant un lien exceptionnel avec l'histoire et dont l'État est, au moins pour partie, propriétaire ». Leur liste est fixée par décret en Conseil d'État¹³⁰ et « l'utilisation à des fins commerciales de [leur] image, sur tout support, est soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du domaine national. Cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat, assorti ou non de conditions financières », selon le nouvel article L. 621-42 du Code du patrimoine. Se voit donc consacrée la logique de la jurisprudence administrative, conditionnant l'exploitation commerciale de l'image des biens publics à son autorisation, au moins pour certains d'entre eux.

Ce choix politique n'a pas été sans controverse. Depuis longtemps, certains professionnels de l'image, relayés par la doctrine spécialisée en droit de la propriété intellectuelle, s'opposent à cette tendance¹³¹. Au moment de l'adoption de l'article L. 621-42, l'association Wikimedia a publié sur son site internet une tribune virulente condamnant le dispositif envisagé¹³². N'étant pas parvenue à faire céder le législateur, elle a poursuivi son combat dans l'arène juridictionnelle. À l'occasion du recours pour excès de pouvoir formé contre l'article R. 621-99, désormais codifié à l'article R. 621-100 du Code du patrimoine et issu du décret d'application de la loi LCAP, les associations Wikimedia France et La Quadrature du Net ont posé une question prioritaire de constitutionnalité relative à ce dispositif législatif¹³³.

Les associations requérantes contestaient la disposition pour plusieurs raisons. Elles invoquaient une violation de la liberté d'entreprendre des personnes qui commercialisent ces images, du droit de propriété de leurs

130. Le décret 2017-720 du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre des domaines nationaux, codifié à l'article L. 621-98, a établi que sont au nombre des domaines nationaux le Domaine de Chambord (Loir-et-Cher), le Domaine du Louvre et des Tuileries (Paris), le Domaine de Pau (Pyrénées-Atlantiques), le Château d'Angers (Maine-et-Loire), le Palais de l'Élysée (Paris) et le Palais du Rhin (Bas-Rhin). L'État est le propriétaire unique de ces biens, sauf pour le Château d'Angers dont deux (petites) parties sont la propriété d'EDF.

131. P. Marie, « Vers la privatisation de l'espace public ? », *LPA*, 28 août 2003, n° 173, p. 8 ; P.-Y. Gautier, « Le droit subjectif sur l'image d'un bien, ou comment la Cour de cassation crée de la "para-propriété intellectuelle" », *JCP G.*, 1999, II, 10078 ; C. Caron, « Les virtualités dangereuses du droit de propriété », *Defrénois*, 1999, art. 37028 ; J.-M. Bruguière et N. Mallet-Poujol, « Quand la Cour de cassation abuse du droit de propriété sur l'immatériel », *Droit et patrimoine*, mars 2001, n° 91, p. 84 ; E. Agostini, « Corporel et incorporel : être, voir et avoir », *D.* 2004, p. 821 ; E. Treppoz, « Nature du droit d'auteur – Objet matériel », *JCl. Civil, Annexes*, Fasc. 1130, mis à jour le 1^{er} février 2018.

132. N. Martin, « Copyfraud sur les domaines nationaux », 8 juin 2016 ; voir également N. Martin, « Privatisation du domaine public : avec la loi création, on a touché le fond ! », 21 juin 2016, disponibles sur le site internet www.wikimedia.fr (consulté le 16 avril 2018).

133. CE, 25 octobre 2017, req. n° 411005.

propriétaires et du droit d'auteur des titulaires de droits de propriété intellectuelle sur ces dernières. L'atteinte à ces droits était envisagée en elle-même mais également en raison de l'incompétence négative du législateur. Était également soulevé le grief d'une atteinte à l'égalité devant la loi, lui aussi considéré comme constitué de manière autonome et en raison de l'incompétence négative du législateur. Enfin, une violation du droit au respect des conventions légalement conclues et celle d'un nouveau principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR) selon lequel l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle doit nécessairement s'éteindre au bout d'un certain laps de temps, principe que les requérants souhaitaient voir reconnaître par le Conseil, étaient également alléguées.

Saisi de ces arguments, le juge constitutionnel a conclu à la constitutionnalité du dispositif litigieux. Alors qu'il semble ainsi confirmer une logique propriétaire (A), cette dernière apparaît largement conjoncturelle (B).

A – UNE LOGIQUE PROPRIÉTAIRISTE APPARENTE

Si le raisonnement tenu par le Conseil ne présente pas d'originalité particulière, en ce qu'il fait application des principes traditionnels issus de sa jurisprudence pour conclure à la constitutionnalité du dispositif contesté (1), le sens de sa décision est plus intéressant lorsqu'on replace cette dernière dans le contexte de la controverse du régime de l'image des biens (2).

1 – Une décision au raisonnement classique

Le Conseil a rapidement écarté le grief fondé sur l'atteinte au respect des contrats légalement conclus, la disposition ne s'appliquant que pour l'avenir et n'affectant donc pas ceux convenus antérieurement à son entrée en vigueur (§ 16).

Il a, en revanche, admis l'existence d'une atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété, avant de souligner son caractère justifié. Deux motifs d'intérêt général sont relevés pour confirmer la constitutionnalité de la disposition : le premier est celui de « la protection de l'image des domaines nationaux afin d'éviter qu'il ne soit porté atteinte au caractère de biens présentant un lien exceptionnel avec l'histoire » ; le second se révèle plus prosaïque puisqu'il s'agit de « permettre la valorisation économique du patrimoine » (§ 10). Les moyens choisis par le législateur pour atteindre ces buts sont ensuite considérés comme légitimes. En effet, l'autorisation n'est requise que pour l'exploitation purement commerciale de ces images (§ 11), la disposition précisant que

tel n'est pas le cas lorsque d'autres finalités, notamment artistiques ou pédagogiques, sont poursuivies. En outre, ce n'est que si l'exploitation de l'image porte atteinte à la perception du bien par le public qu'elle pourra être refusée (§ 12). Ces deux éléments confirment l'adéquation de la mesure avec le premier objectif poursuivi par le législateur. Enfin, lorsqu'une autorisation est octroyée, elle peut certes être accompagnée de conditions financières. Toutefois, ce mécanisme permet de satisfaire le second objectif poursuivi par le législatif et le montant de la redevance doit tenir compte des avantages de toute nature accordés au titulaire de l'autorisation (§ 13), la fixation de ce montant étant soumise au contrôle du juge (§ 12). Si les requérants invoquaient une violation de ces garanties en elles-mêmes, ils soutenaient que cette violation était également due à l'imprécision de la disposition législative. Toutefois, le raisonnement tenu par le Conseil a permis d'écarter ce grief. En effet, la justification de la mesure par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur a été vérifiée en s'appuyant fortement sur le texte législatif contesté. Son champ d'application comme ses conditions de mise en œuvre ayant permis de conclure à sa constitutionnalité, le Conseil ne pouvait qu'écarter le moyen fondé sur l'imprécision du texte. Ces arguments ont également permis de rejeter le grief relatif à l'atteinte à l'égalité devant la loi.

Enfin, le Conseil a refusé de se prononcer sur l'existence d'un nouveau PFRLR selon lequel l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle doit nécessairement s'éteindre après l'écoulement d'un certain délai. Il a en effet souligné que le moyen fondé sur la violation de ce PFRLR manquait en fait, la disposition législative ne créant aucun droit patrimonial attaché à une telle œuvre (§ 15).

Le Conseil s'est donc contenté d'appliquer les principes traditionnels de sa jurisprudence relatifs aux garanties invoquées par les requérants. Néanmoins, en replaçant cette décision dans le contexte de la question de l'image des biens, cette dernière apparaît plus intéressante.

2 – Une décision à la portée intéressante

En reconnaissant la constitutionnalité du dispositif imaginé par le législateur, le Conseil valide l'existence d'un droit des propriétaires des domaines nationaux sur l'image de leurs biens témoignant d'une logique propriétaire, la maîtrise du bien par son propriétaire se voyant étendue à son image.

Un tel droit sur l'image pour le propriétaire d'un bien avait été consacré par le Cour de cassation dans l'affaire du *Café Gondrée*¹³⁴, avant d'être supprimé par l'arrêt de 2004, *Hôtel de Girancourt*. Il se fondait sur

134. Cass, 1^e Civ., 10 mars 1999, *Café Gondrée*, n° 96-18.699.

l'idée que, s'il n'existe pas de droit à l'image en tant que tel¹³⁵, l'exercice plein et entier du droit de propriété d'un bien doit inclure la possibilité de s'opposer à la diffusion de son image, le droit sur la chose permettant de contrôler son usage, d'autoriser sa reproduction et éventuellement de percevoir une rémunération pour son utilisation¹³⁶. Cette position était critiquée par les intellectualistes pour deux raisons. D'une part, elle méconnaîtrait le monopole d'exploitation de l'auteur de l'image et d'autre part, elle empêcherait son retour dans le domaine public, au sens du droit de la propriété intellectuelle, à l'expiration du délai de 70 ans suivant la mort de ce dernier¹³⁷, cette extinction de l'exclusivité des droits patrimoniaux attachés à l'œuvre se fondant sur le développement de la culture et de la connaissance du patrimoine¹³⁸.

Ce second argument des intellectualistes n'a pas été pris en compte par le Conseil d'État lorsqu'il a consacré l'application du régime des autorisations domaniales aux prises de vue des biens mobiliers relevant du domaine public. Alors qu'il reconnaissait un droit de nature patrimoniale sur l'image de ces biens à leurs propriétaires¹³⁹, il a expressément souligné que les principes du droit de la propriété intellectuelle ne sauraient faire obstacle à l'application des règles découlant du CGPPP¹⁴⁰.

De son côté, le Conseil constitutionnel a refusé de se prononcer sur l'existence d'un PFRLR selon lequel les droits patrimoniaux attachés à une œuvre intellectuelle s'éteignent au bout d'un certain délai. Jugeant que le législateur n'avait en l'espèce ni créé ni maintenu de tels droits au profit des gestionnaires des domaines nationaux, il écartait le grief de l'atteinte à ce PFRLR comme manquant en fait. Ainsi, le Conseil n'a pas saisi l'occasion de cette QPC pour faire du second argument des intellectualistes un argument de valeur constitutionnelle. Alors que le Professeur Rousseau avait pu inciter les acteurs de la matière à proposer des évolutions de la jurisprudence constitutionnelle qui préciseraient le régime du droit d'auteur¹⁴¹, le juge constitutionnel n'a pas accepté de compléter explicitement les règles entourant la propriété intellectuelle dans cette affaire. Il en était allé de même dans la décision 2014-430 QPC dans laquelle il avait refusé de consacrer au plus haut degré normatif le principe selon lequel la cession du support matériel de l'œuvre ne peut emporter

135. *Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 1999*, La documentation française, p. 392.

136. E. Dreyer, « L'image des biens... et celle de la Cour de cassation ? », *D.* 2003, p. 2461.

137. P.-Y. Gautier, art. cit. ; C. Caron, art. cit.

138. H. Capitain, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 2015, 13^e éd., t. I, p. 433.

139. N. Foulquier, « Les photographies du domaine public mobilier », *AJDA*, 2013, p. 111.

140. CE, 23 décembre 2015, *Commune de Tours c. EURL Photo Josse*, req. n° 278879.

141. D. Rousseau « De la constitutionnalisation de la propriété intellectuelle », in M. Vivant, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, 2015, p. 35.

automatiquement cession du droit de reproduction¹⁴². Ainsi, si le droit d'auteur a bien été reconnu comme protégé par les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁴³, l'exclusivité du droit de reproduction pendant une durée déterminée n'a pas été élevée au rang constitutionnel, ni en ce qui concerne son principe en lui-même, ni sa délimitation temporelle.

En confirmant la constitutionnalité du droit des propriétaires des domaines nationaux de s'opposer à l'exploitation commerciale de leurs prises de vue, le Conseil valide un dispositif qui renforce leurs prérogatives. Ces propriétaires étant principalement des personnes publiques, ces dernières semblent bénéficier d'un régime plus avantageux que celui appliqué aux particuliers propriétaires de biens privés. Alors que la Cour de cassation, après une intense dispute doctrinale¹⁴⁴, a décidé dans l'arrêt de 2004, *Hôtel de Girancourt*, que le propriétaire d'un bien privé ne disposait pas d'un droit exclusif sur son image, celui-ci ne pouvant s'opposer à son utilisation qu'en cas de « trouble anormal », le juge administratif, suivi par le législateur et avec la bénédiction du Conseil constitutionnel, a étendu à la sphère immatérielle à laquelle appartient l'image d'un bien, les pouvoirs du propriétaire, lesquels sont normalement cantonnés à la sphère matérielle¹⁴⁵.

Si la suppression par la Cour de cassation du monopole d'exploitation de l'image par le propriétaire du bien était fortement attendue par les intellectualistes, elle a pu être dénoncée comme une victoire pour le lobby de la publicité et de l'image¹⁴⁶. Le juge administratif, le législateur et le Conseil constitutionnel seraient-ils alors les nouveaux gardiens de la propriété, dépassant la Cour de cassation dont la réputation en la matière est pourtant ancestrale ? Ou du moins, les propriétaires publics se verraient-ils pour une fois avantagés par rapport aux propriétaires privés ?¹⁴⁷ Il ne faudrait pas s'y tromper : si un régime d'autorisation préalable conditionne désormais la prise de vue des biens du domaine public et des

142. CC, 21 novembre 2014, 2014-430 QPC, *Mme Barbara D. et autres (Cession des œuvres et transmission du droit de reproduction)*.

143. CC, 27 juillet 2006, 2006-540 DC, *Loi DAVSI*.

144. Voir les références de la note 11, mais également : P. Kayser, « L'image des biens », *D.*, 1995, p. 291 ; F. Corone, « De l'image d'une propriété à la propriété de l'image », *Légicom*, 1995, n° 10, p. 36 ; E. Agostini, « Le propriétaire d'un bien a le droit exclusif d'exploiter celui-ci sous quelque forme que ce soit », *D.*, 1999, p. 319 ; F. Zénati, « Notion de propriété », *RTD Civ.*, 1999, p. 859 ; E. Dérieux, « Images publiques et droits privés », *Légipresse*, 1999, n° 162, II, p. 65 ; J. Ravanas, « L'image d'un bien saisie par le droit », *D.*, 2000, p. 19 ; F. Kenderian, « L'image des biens : nouveau droit subjectif ou faux débat », *D.*, 2002, p. 1161 ; F. Zenati, « Du droit de reproduire les biens », *D.*, 2004, p. 962 ; J.-M. Bruguière, « Image des biens : la troublante métamorphose », *D.*, 2004, p. 1545.

145. E. Treppoz, art. cit.

146. E. Dreyer, « L'image des biens devant l'Assemblée plénière : ce que je vois est à moi... », *D.*, 2004, p. 1545.

147. Voir *infra*.

domaines nationaux, il ne s'agit pas pour ces trois autorités de concevoir le droit de propriété d'une manière plus absolue que le juge judiciaire. En réalité, la logique propriétaire qui semble affleurer de leur position ne doit pas être exagérée. Les raisons sous-tendant ce régime d'autorisations associées au paiement d'une redevance apparaissent en réalité comme conjoncturelles et pragmatiques.

B – UNE LOGIQUE PROPRIÉTAIRISTE CONJONCTURELLE ET PRAGMATIQUE

Si le fondement de ce droit des propriétaires sur l'image des domaines nationaux peut être recherché dans les exigences constitutionnelles relatives au droit de propriété des personnes publiques ou dans celles relatives à la protection du domaine public (1), il apparaît qu'en réalité c'est une logique beaucoup plus pragmatique de valorisation du patrimoine, dans une dimension largement financière, qui apparaît comme la véritable justification de ce droit (2).

1 – Le droit de propriété des personnes publique et la protection du domaine public

La validation du droit créé par le législateur dans l'article L. 621-42 du Code du patrimoine aurait pu être justifiée par le Conseil en le présentant comme une mise en œuvre des exigences constitutionnelles relatives au droit de propriété des personnes publiques ou à la protection du domaine public. C'est en effet en lien avec ces garanties que le juge administratif avait pu reconnaître un tel droit. Alors que le législateur a largement repris le dispositif mis en œuvre par la Cour administrative d'appel de Nantes, celle-ci avait justifié le pouvoir quasi domanial des propriétaires des biens immobiliers relevant du domaine public en se fondant sur les exigences constitutionnelles tenant à la protection de ce domaine et « de façon implicite sur l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁴⁸ ».

La propriété des personnes publiques a été protégée dès le milieu des années 1980 par le Conseil constitutionnel¹⁴⁹. Toutefois, son régime de protection est particulier en raison des spécificités de cette propriété¹⁵⁰. Le Conseil a donc progressivement mis l'accent sur le principe d'égalité

148. Foulquier, « Le nouveau pouvoir quasi-domanial sur les image des immeubles du domaine public », *RDI*, 2016, p. 89.

149. CC, décis. n° 86-207 DC, 26 juin 1986, *Privatisations*, cons. 58 ; CC, décis. n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, cons. 47.

150. P. Yolka, « La propriété des dépendances du domaine public », in C. Chamard Heim, F. Melleray, R. Noguellou et P. Yolka, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Dalloz, 2015, 2^e éd., p. 12.

devant les charges publiques pour préciser ses contours et a admis la constitutionnalité « d'atteintes qui auraient été censurées si elles avaient été envisagées sur des propriétés privées¹⁵¹ ». La protection constitutionnelle du domaine public passe, quant à elle, par le contrôle du respect de certaines exigences, notamment l'existence et la continuité des services publics dont le domaine public est le siège, les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté ainsi que le droit de propriété des personnes publiques. Si la présence d'« exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public » a été reconnue au début des années 2000¹⁵², il convient néanmoins de noter que cette garantie du domaine public est relativement peu employée par le Conseil¹⁵³.

En ce sens, alors que la jurisprudence administrative s'est largement appuyée sur ces exigences constitutionnelles pour consacrer un droit sur l'image, la validation du dispositif législatif par le Conseil constitutionnel aurait pu asseoir le droit ainsi créé sur ces mêmes exigences, marquant une nouvelle application de ces principes, plus ferme que ce à quoi le Conseil avait pu habituer ses lecteurs et commentateurs. Toutefois, loin de saisir cette occasion pour donner une nouvelle amplitude à la protection de la propriété des personnes publiques ou du domaine public, le Conseil a choisi une autre voie pour valider les dispositions litigieuses. Il s'est en effet contenté de reconnaître que les deux objectifs poursuivis par le législateur constituaient des motifs d'intérêt général sans les rattacher spécifiquement à ces garanties constitutionnelles.

Le texte de la décision QPC en lui-même ne contient aucune référence à ces éléments et le commentaire aux *Cahiers* qui l'accompagne se contente de mentionner la protection de la propriété des personnes publiques. Il souligne, en revanche, que la protection du domaine public ne saurait servir de fondement aux dispositions contestées car « la simple captation d'une image d'un bien semble difficilement pouvoir être considérée comme une occupation ou une utilisation du domaine public ». Le Conseil d'État a depuis tiré toutes les conséquences de cette affirmation lorsqu'il s'est prononcé dans l'affaire *Chambord contre Kronenbourg*¹⁵⁴. Il a en effet explicitement reconnu que « les personnes publiques ne disposent

151. C. Chamard Heim, « La protection constitutionnelle de la propriété publique », in C. Chamard Heim, F. Melleray, R. Noguellou et P. Yolka, *op. cit.*, p. 740.

152. CC, décis. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

153. CC, décis. n° 2005-513 DC, 14 avril 2005, *Loi relative aux aéroports* ; CC, décis. n° 2005-516 DC, 7 juillet 2005, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique* ; CC, décis. n° 2008-657 DC, 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat* ; CC, décis. n° 2009-594 DC, 3 décembre 2009, *Loi relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et portant diverses dispositions relatives aux transports* ; CC, décis. n° 2010-618 DC, 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales* ; CC, décis. n° 2016-737 DC, 4 août 2016, *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*.

154. CE, 13 avril 2018, req. n° 397047.

pas d'un droit exclusif sur l'image des biens leur appartenant » et que « l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un tel bien ne saurait être assimilée à une utilisation privative du domaine public ». L'autorité administrative ne peut donc, en l'absence de disposition législative le prévoyant, soumettre à un régime d'autorisation cette utilisation et la jurisprudence de la Cour de cassation sera donc appliquée aux biens immobiliers du domaine public.

La décision du Conseil prend ici toute son importance puisqu'elle valide la création législative d'un droit à l'image des gestionnaires des domaines nationaux. En justifiant cette dernière par les motifs d'intérêt général que représentent « la protection de l'image » des biens nationaux et « la valorisation économique du patrimoine », le Conseil confirme la dynamique actuelle tendant à améliorer l'exploitation par l'État et les autorités publiques de ce patrimoine.

2 – La valorisation économique du patrimoine

Le Conseil constitutionnel a reconnu, en l'espèce, que l'objectif de valorisation économique du patrimoine des autorités publiques constituait bien un motif d'intérêt général. Cette finalité, qui apparaît comme une nouvelle logique sous-tendant l'action publique depuis une quinzaine d'années, se voit ici confortée par la position du juge constitutionnel.

Si la notion de valorisation peut se comprendre comme « la maximisation du profit que la personne publique peut tirer de son patrimoine » ainsi que comme une recherche d'une « meilleure satisfaction de l'intérêt général »¹⁵⁵, l'accent est clairement mis sur la dimension financière de cette valorisation depuis le début des années 2000, le contexte de crise des finances publiques n'étant probablement pas étranger à ce phénomène. À l'heure de l'image toute puissante, la possibilité de mettre en place un intéressement des personnes publiques sur l'utilisation commerciale de la représentation de leurs biens n'est pas passée inaperçue. Ainsi, dès 2002, la loi sur les musées¹⁵⁶ prévoyait dans son article 20 que le gouvernement présente au Parlement un rapport sur le droit à l'image et la possibilité d'en faire bénéficier les collectivités territoriales pour les œuvres dont elles ont la propriété. En 2006, le rapport *L'économie de l'immatériel* appelait de ses vœux la consécration d'un « droit à l'image publique » en cas d'exploitation commerciale¹⁵⁷ et le récent rapport de l'Inspection générale des finances, *Évaluation des politiques de développement des ressources*

155. C. Malwé, « Valorisation du patrimoine immatériel : de quoi parle-t-on ? », *AJCT*, 2013, p. 120.

156. Loi n° 2002-5 sur les musées du 4 janvier 2002.

157. M. Levy, J.-P. Jouyet, *L'économie de l'immatériel : la croissance de demain*, Rapport de la commission sur l'économie de l'immatériel remis au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie le 23 novembre 2006, La documentation française, 2006, p. 111.

propres des organismes culturels de l'État, après avoir déploré le vide juridique entourant les prises de vue extérieures des biens immobiliers, soulignait la nécessité d'« approfondir la réflexion sur les moyens juridiques permettant une forme de rétribution des établissements dans le cadre d'une utilisation commerciale de leurs images », soulignant le fort potentiel en termes de recettes d'un tel dispositif¹⁵⁸. De manière comparable, en 2015, dans son étude sur *L'action économique des personnes publiques*, le Conseil d'État proposait d'améliorer l'efficacité de cette action en « actualisant le droit de la propriété des personnes publiques » grâce à une « clarification du régime juridique du domaine immatériel des personnes publiques » et « notamment en définissant le régime juridique de l'image des biens publics »¹⁵⁹. Si cette volonté n'est pas complètement nouvelle¹⁶⁰, la question des représentations des biens visibles depuis la voie publique n'avait jamais été tranchée par le législateur.

L'article du Code du patrimoine validé par le Conseil, issu d'un amendement introduit au Sénat sans l'aval du gouvernement, vient donc compléter les règles désormais applicables. Toutefois, il ne permet pas l'unification du régime de l'image des biens publics. S'il participe au phénomène de valorisation du patrimoine, il est possible de regretter que les autorités n'aient toujours pas trouvé le temps de mener une réflexion plus globale sur cette question. Si ces dernières devaient enfin s'en saisir, elles semblent aujourd'hui assurées du soutien du Conseil constitutionnel dans cette entreprise.

Audrey Bachert

II – CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE QPC EN MATIÈRE PÉNALE

1^{er} octobre 2017 – 31 mars 2018
par Nicolas Catelan et Jean-Baptiste Perrier¹⁶¹

Les dernières décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière pénale démontrent une fois de plus, s'il le fallait encore, tout l'intérêt de la question prioritaire de constitutionnalité en cette matière. Elles permettent d'apporter des réponses, plus ou moins satisfaisantes,

158. S. Kancel, F. Baudoin, C. Herody, C. Lamboley, *Évaluation de la politique de développement des ressources propres des organismes culturels de l'État*, mars 2015, p. 23 et 34 ; voir également Annexe V du rapport, p. 25-27.

159. CE, *Étude annuelle 2015 : L'action économique des personnes publiques*, 23 juillet 2015, La documentation française, juillet 2016, Proposition n° 48, p. 226.

160. Loi du 31 décembre 1921 portant budget général de l'exercice 1922, articles 118 à 120 ; Loi du 29 juin 1922 pour le Muséum d'histoire naturelle.

161. Respectivement Maître de conférences et Professeur à Aix-Marseille Université, LDPS (EA 4690).

aux difficultés soulevées par les incriminations en matière terroriste, le statut du parquet ou encore la motivation des décisions des cours d'assises, intervenant ainsi tant sur l'infraction (A), la procédure (B) que sur les sanctions (C).

A – L'INFRACTION

1 – La nécessité

– **Décision n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II]**

CONSULTATION DE SITES TERRORISTES : QUEL DIALOGUE ENTRE LE LÉGISLATEUR ET SES JUGES ?

Rengaine. Tout ou presque a été dit quant à la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 15 décembre 2017¹⁶². L'histoire est connue : nonobstant l'abrogation de la précédente mouture¹⁶³, le législateur décidait de réintroduire dans le cadre de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique un nouveau délit de consultation habituelle des sites internet terroristes. Une seconde censure du texte fut prédite ici même après la première abrogation¹⁶⁴ : la réintroduction d'une infraction aux contours toujours imprécis et d'une utilité plus qu'incertaine n'avait en effet que peu de chances de franchir les fourches caudines du Conseil.

Le nouvel article 421-2-5-2 du Code pénal se structurait pourtant ainsi :

« Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service.

« Constitue notamment un motif légitime tel que défini au premier alinéa la consultation résultant de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervenant dans le cadre de recherches scientifiques ou réalisées afin de servir de preuve en justice ou le fait que cette consultation s'accompagne d'un signalement des contenus de ce service aux autorités publiques compétentes. »

162. V. ainsi J.-B. Perrier, *AJ pénal* 2018. 148 ; O. Cahn, *Lexbase Pénal*, janv. 2018, n° 1 ; Y. Mayaud, *D.* 2018. 97 ; Ph. Conte, *Droit pénal* 2018, comm. 22.

163. CC, décis. n° 2016-611 QPC, 10 fév. 2017.

164. *RFDC*, 2017-3, p. 713-748.

À l'aune de la liberté d'expression, les prismes de la nécessité, de la proportionnalité et de l'adaptation permettent de censurer l'entêtement du législateur.

Nécessité. Le Conseil observe, comme plus tôt en 2017, que la législation comprend un ensemble d'infractions pénales et de dispositions procédurales pénales spécifiques ayant pour objet de prévenir la commission d'actes de terrorisme (§ 6). S'agissant des infractions, le Conseil ne manque pas de citer (§ 7) l'association terroriste de malfaiteurs¹⁶⁵, l'incitation terroriste¹⁶⁶, la provocation et l'apologie terroriste¹⁶⁷ et l'entreprise individuelle¹⁶⁸. S'agissant des dispositions procédurales, sont également convoqués les techniques spéciales d'enquête (§ 8), de renseignement (§ 10), le déréférencement, le blocage de sites internet ou encore l'article 421-2-5-1 du Code pénal relatif à l'entrave numérique de ces procédures (§ 11). Et bien évidemment, les Sages ne manquent pas de mentionner que, depuis février 2017, a été adoptée une nouvelle loi antiterroriste¹⁶⁹ comportant des nouvelles mesures individuelles de contrôle administratif et de surveillance aux fins de prévenir la commission d'actes de terrorisme (§ 12). Il en résulte fort logiquement, au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, que :

« les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution » (§ 13).

Adaptation et proportionnalité. Le Conseil relève à juste titre que les dispositions contestées n'imposent pas que « l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ». Le législateur avait pourtant ajouté au texte, à la suite de la première censure, « la manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services ». Or, selon les Sages « cette consultation et cette manifestation ne sont pas susceptibles d'établir à elles seules l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes ». Le délit était donc consommé sans exiger chez son auteur

165. Article 421-2-1 du Code pénal.

166. Article 421-2-4 du même Code.

167. Art. 421-2-5.

168. Article 421-2-6.

169. Loi du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

« d'intention terroriste¹⁷⁰ », ce qui était peut-être *logique* car cela reviendrait à incriminer à nouveau... l'entreprise individuelle terroriste¹⁷¹.

Les juges constitutionnels observent pour finir que « le motif légitime » retenu pour échapper aux poursuites manque en clarté, l'adhésion de l'auteur de la consultation risquant de faire échec à toute légitimité. Il en résulte « une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations » (§ 15). Par conséquent, les dispositions contestées portent une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée. L'article 421-2-5-2 du Code pénal est donc déclaré contraire à la Constitution (§ 16).

Quelle marge pour quelle légitimité ? La résistance du Conseil aux vœux d'un législateur déterminé a pu émouvoir dans un contexte terroriste. La loi perd indéniablement de son aura quand un juge abroge à deux reprises un délit faisant consensus au sein du Parlement. On peut également se réjouir que le juge constitutionnel désire enfin jouer le rôle naguère confié au seul juge européen lorsque les États, conscients des abus législatifs pendant la Seconde Guerre mondiale, décidèrent de placer les droits de l'homme au-dessus des parlements nationaux. Volonté parlementaire *vs* appréciation judiciaire des droits de l'homme ? La politique contre le droit ? Il est surtout étonnant que cette dialectique existe encore en 2018. La politique sans le droit est certes une autocratie. Le droit sans la politique est sans doute une utopie.

Surtout, la Justice n'est-elle pas à même de concilier ces deux impératifs ?

N. C.

2 – La proportionnalité

– **Décision n° 2018-696 QPC du 30 mars 2018, M. Malek B. [Pénalisation du refus de remettre aux autorités judiciaires la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie]**

LA PÉNALISATION DE LA NON-COOPÉRATION FACE AU DROIT DE NE PAS S'AUTO-INCRIMINER

Punissant des actes démontrés et ne reposant pas seulement sur des soupçons, la justice pénale exige logiquement la preuve des agissements

170. § 14 ; sur cette question v. Crim., 10 janv. 2017, n° 16-84.596, et les obs. de Ph. Conte, *Droit pénal* 2017, comm. n° 35.

171. V. en ce sens J.-B. Perrier, *préc.*

répréhensibles et l'on retrouve ici tout l'enjeu de l'enquête ou de l'information judiciaire. Si très souvent cette preuve ne soulève pas de difficulté, notamment lorsque l'infraction se constate objectivement, elle peut dans certains cas se heurter à la dissimulation des faits et, surtout, à l'ingéniosité des auteurs. Pour éviter l'échec, la répression se déplace : à défaut de pouvoir prouver le blanchiment, l'on punit la non-justification des fonds¹⁷² ; à défaut de pouvoir prouver l'imprégnation alcoolique, lorsque l'intéressé refuse le contrôle, l'on punit ce refus¹⁷³ ; à défaut de pouvoir prouver l'infraction commise ou dissimulée grâce à un moyen de cryptologie¹⁷⁴, l'on punit le refus de remettre aux autorités la convention secrète de déchiffrement. L'on voit la logique : à travers la pénalisation du refus, l'on veut encourager – à défaut de pouvoir contraindre – l'intéressé à remettre les éléments ou à fournir les informations permettant de prouver l'infraction. Mais l'on voit alors la difficulté : à travers cette très forte incitation, la question se pose de savoir si ces différentes infractions ne portent pas atteinte au droit de ne pas s'auto-incriminer.

Saisi par une décision de la chambre criminelle du 10 janvier 2018¹⁷⁵, le Conseil constitutionnel était invité à se prononcer sur la conformité de l'article 434-15-2 du Code pénal¹⁷⁶ aux droits et libertés garantis par la Constitution, en particulier au droit de ne pas s'auto-incriminer. Ce texte prévoit que « le fait, pour quiconque ayant connaissance de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit, de refuser de remettre ladite convention aux autorités judiciaires ou de la mettre en œuvre¹⁷⁷, sur les réquisitions de ces autorités » est puni de trois ans d'emprisonnement et de 270 000 € d'amende. À travers cette incrimination, il est ainsi possible de sanctionner celui ou celle qui refuse de remettre aux autorités le Code permettant de déverrouiller son smartphone. L'alinéa 2 prévoit pour sa part l'aggravation de sanctions, portée à cinq ans d'emprisonnement et 450 000 euros d'amende, lorsque le refus est opposé alors que la remise aurait permis d'éviter un crime ou un délit.

Procédant à l'examen de cette disposition, le Conseil commence par relever que « cette obligation pèse sur toute personne, y compris celle

172. Art. 324-1-1 du c. pén.

173. Art. L. 234-8 du c. route.

174. Selon l'article 29 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, constitue un moyen de cryptologie « tout matériel ou logiciel conçu ou modifié pour transformer des données, qu'il s'agisse d'informations ou de signaux, à l'aide de conventions secrètes ou pour réaliser l'opération inverse avec ou sans convention secrète ».

175. Cass. crim., 10 janv. 2018, n° 17-90.019.

176. Sur cette infraction, v. C. Ribeyre, « Refus de déchiffrement d'un moyen de cryptologie utilisé à des fins criminelles », *J.-Cl. Code pénal*, fasc. 20

177. La référence à la mise en œuvre de la convention secrète de déchiffrement permet d'éviter une difficulté lorsque cette convention a bien été remise, mais que les enquêteurs ne réussissent pas à déchiffrer ; il est alors possible de solliciter l'intéressé pour mettre en œuvre la clé.

suspectée d'avoir commis l'infraction à l'aide de ce moyen de cryptologie¹⁷⁸ » ; l'objectif du texte est bien différent de celui de l'article L. 881-2 du Code de la sécurité intérieure, lequel punit le fait, pour un prestataire de services de ne pas remettre la convention de déchiffrement. L'on voit dès lors la difficulté en ce que le respect de l'obligation conduit la personne suspectée à s'auto-incriminer. Cependant, le Conseil constitutionnel considère qu'en imposant une telle révélation, voire une dénonciation, « le législateur a poursuivi les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des infractions et de recherche des auteurs d'infractions¹⁷⁹ ».

Ces objectifs légitimes étant identifiés, le Conseil se livre, sans le dire, à un contrôle de proportionnalité, en vérifiant que les moyens susceptibles d'être mis en œuvre pour atteindre les objectifs susvisés ne portent pas une atteinte excessive aux droits et libertés en cause¹⁸⁰. Un tel raisonnement ne doit pas surprendre : l'on sait que la Cour européenne procède de même lorsqu'elle examine ces pénalisations de refus de remise de documents ou d'éléments intéressant l'enquête. Elle a ainsi pu considérer que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne s'étend pas à l'usage de données que l'on peut obtenir de l'intéressé en recourant à des pouvoirs coercitifs mais qui existent indépendamment de la volonté du suspect, « par exemple les documents recueillis en vertu d'un mandat, les prélèvements d'haleine, de sang et d'urine ainsi que de tissus corporels en vue d'une analyse de l'ADN¹⁸¹ » ; elle refuse en revanche l'usage de moyens excessivement coercitifs, tels que l'usage d'une substance provoquant des vomissements¹⁸².

Procédant à cet examen, le Conseil observe – ou indique – que « les dispositions critiquées n'imposent à la personne suspectée d'avoir commis une infraction, en utilisant un moyen de cryptologie, de délivrer ou de mettre en œuvre la convention secrète de déchiffrement que s'il est établi qu'elle en a connaissance¹⁸³ ». De plus, « l'enquête ou l'instruction doivent avoir permis d'identifier l'existence des données traitées par le moyen de cryptologie susceptible d'avoir été utilisé pour préparer, faciliter ou commettre un crime ou un délit¹⁸⁴ ». Le Conseil poursuit en observant enfin que ces dispositions n'ont pas pour objet

178. CC, décis. n° 2018-696 QPC, 30 mars 2018, § 6.

179. *Ibid.*, § 7.

180. V. déjà pour un tel contrôle de proportionnalité, sur le prélèvement biologique pour le FNAEG, CC, décis. n° 2010-25 QPC, 16 sept. 2010, *M. Jean-Victor C.*, cons. 17, où le Conseil avait observé, très généreusement, que l'inscription peut « au contraire établir l'innocence des personnes qui en sont l'objet ; que l'obligation pénalement sanctionnée de se soumettre au prélèvement, qui n'implique pas davantage de reconnaissance de culpabilité, n'est pas contraire à la règle selon laquelle nul n'est tenu de s'accuser ».

181. CEDH, 17 déc. 1996, *Saunders c. Royaume-Uni*, req. n° 19187/91.

182. CEDH, 11 juil. 1996, *Jallob c. Allemagne*, n° 54810/00.

183. CC, décis. n° 2018-696 QPC, 30 mars 2018, § 8.

184. *Ibid.*

d'obtenir des aveux de la part de l'intéressé et la remise de la convention n'emporte ni reconnaissance ni présomption de culpabilité ; le texte vise seulement au déchiffrement des données cryptées, déjà fixées sur un support et qui existent donc indépendamment de la volonté de la personne suspectée¹⁸⁵.

En indiquant que les dispositions n'imposent la remise de la clé que lorsqu'il est établi, précédemment donc à la réquisition, que la personne concernée en avait connaissance et que l'existence de ces données cryptées a pu être établie également lors de l'enquête ou de l'instruction, le Conseil constitutionnel précise, sans le dire, l'interprétation du texte, afin de l'imiter l'entorse au droit de ne pas s'auto-incriminer. Comme la Cour européenne, il refuse donc que, faute d'avoir des éléments de preuve suffisants, les autorités contraignent l'auteur à les leur fournir¹⁸⁶ ; dans une telle situation, l'atteinte portée au droit de ne pas s'auto-incriminer serait excessive. En revanche, lorsque les autorités disposent déjà d'éléments suffisants, mais que ceux-ci sont cryptés et qu'il est établi que la personne requise, fût-elle suspectée d'avoir commis l'infraction, dispose de la convention de déchiffrement, il est possible de la contraindre à remettre cette convention, en pénalisant son refus de coopérer.

J.-B. P.

B – LA PROCÉDURE

1 – Les actes d'investigation

– **Décision n° 2017-693 QPC du 2 mars 2018, *Association de la presse judiciaire* [Présence des journalistes au cours d'une perquisition]**

PAS DE JOURNALISTES AU COURS D'UNE PERQUISITION

Outil de protection des droits et libertés garantis par la Constitution, la question prioritaire de constitutionnalité n'est – et c'est déjà beaucoup – qu'un contrôle par voie d'exception de la constitutionnalité des lois... sauf lorsque celui-ci est détourné en vue d'un contrôle par voie d'action. L'ingéniosité de certains requérants les a en effet conduits à saisir le juge administratif d'une requête en annulation d'un texte réglementaire, tout en soulevant dans le même temps une QPC contre le texte législatif dont

185. Cette précision n'est pas sans faire écho aux observations faites par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Saunders c. Royaume-Uni*, préc.

186. Dans le célèbre arrêt *Funke c. France*, la Cour avait en effet relevé que « faute de pouvoir ou vouloir se les procurer par un autre moyen, les [autorités] tentèrent de contraindre le requérant à fournir lui-même la preuve d'infractions qu'il aurait commises », CEDH, 25 fév. 1993, *Funke c. France*, req. n° 10828/84.

le premier est l'application. Par ce biais, en contestant le texte réglementaire, les requérants rendent le texte législatif applicable au litige devant le juge administratif, ce qui conduit ce dernier à regarder la QPC comme recevable. Un tel « stratagème » permet ainsi de contester une disposition légale, en contestant le décret d'application¹⁸⁷ ; il permet également de contester une disposition légale, en contestant les prévisions d'une circulaire qui interprètent cette disposition légale, ou qui auraient dû être encadrées par celle-ci.

Tel est l'un des enseignements que l'on peut tirer de la décision du Conseil d'État du 27 décembre 2017¹⁸⁸, par laquelle il renvoie au Conseil constitutionnel la QPC portant sur les articles 11 et 56 du Code de procédure pénale. Les requérants avaient en effet saisi le juge administratif d'une requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de la circulaire n° 2017-0063-A8 du 27 avril 2017 du garde des Sceaux concernant l'incidence de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 2017 relatif au secret de l'enquête et de l'instruction sur les autorisations de reportages journalistiques délivrées par les autorités judiciaires et avaient contesté à cette occasion la conformité des articles 11 et 56 du Code de procédure pénale. Selon eux, ces articles, tels qu'interprétés par la Cour de cassation, dans sa décision du 10 janvier 2017¹⁸⁹ sur laquelle revient la circulaire contestée, ont pour effet d'interdire de façon absolue à tout tiers, et donc à tout journaliste, d'assister à un acte d'enquête tel qu'une perquisition ; ils méconnaîtraient la liberté d'expression et de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et le Conseil d'État considère que cette question présente un caractère sérieux.

Ainsi saisi, le Conseil constitutionnel procède à l'examen de la constitutionnalité de l'article 11 du Code de procédure pénale, prévoyant le principe du secret de l'enquête, et de l'article 56, prévoyant les règles applicables au déroulement d'une perquisition. Il rappelle alors la portée de cette décision du 10 janvier 2017, par laquelle la Cour de cassation considéra que

« constitue une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction concomitante à l'accomplissement d'une perquisition, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne qu'elle concerne, l'exécution d'un tel acte par un juge

187. V. déjà, pour un tel mécanisme mis en œuvre à propos de la transaction pénale, lorsque les requérants ont contesté devant le juge administratif le décret d'application du 13 octobre 2015 tout en soulevant une QPC portant sur l'article 41-1-1 du c. pr. pén., CE, 6^e et 1^{re} ss-sect. réun., 27 juin 2016, n° 395321 (CC, décis. n° 2016-569 QPC, 23 sept. 2016) ; v. déjà la décision renvoyant la QPC portant sur la transaction de l'art. L. 173-12 du c. envir. : CE, 6^e ss-sect., 27 juin 2014, n° 380652, *AJDA* 2014, p. 1354.

188. CE, 6^e et 1^{re} ch. réun., 27 déc. 2017, n° 411915.

189. Cass. crim., 10 janv. 2017, n° 16-84.740.

d'instruction ou un officier de police judiciaire en présence d'un tiers qui, ayant obtenu d'une autorité publique une autorisation à cette fin, en capte le déroulement par le son ou l'image. »

Toute la question était donc de savoir si la protection du secret de l'enquête ou de l'instruction pouvait s'opposer à la présence de journalistes à une perquisition, sans porter une atteinte excessive à la liberté d'expression et de communication.

L'on remarque en effet que le Conseil se livre, une fois encore, à un contrôle de proportionnalité, vérifiant si l'atteinte portée à l'exercice de la liberté d'expression et de communication est, ou non, nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi¹⁹⁰. Cette terminologie, qui n'est pas sans rappeler le droit européen des droits de l'homme, semble désormais refléter l'office du juge constitutionnel lorsque sont en cause des droits « relatifs ».

Procédant à ce contrôle, le Conseil constitutionnel commence par observer qu'en instaurant le secret de l'enquête et de l'instruction, « le législateur a entendu, d'une part, garantir le bon déroulement de l'enquête et de l'instruction, poursuivant ainsi les objectifs de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions¹⁹¹ », et, d'autre part, « protéger les personnes concernées par une enquête ou une instruction, afin de garantir le droit au respect de la vie privée et de la présomption d'innocence¹⁹² ». De plus, le Conseil observe que l'atteinte portée à la liberté d'expression et de communication est limitée, car « la portée du secret instauré par les dispositions contestées est limitée aux actes d'enquête et d'instruction et à la durée des investigations correspondantes¹⁹³ », ce qui ne prive pas les tiers « en particulier les journalistes, de la possibilité de rendre compte d'une procédure pénale et de relater les différentes étapes d'une enquête et d'une instruction¹⁹⁴ ».

Quoique limitée, l'atteinte doit tout de même être nécessaire et proportionnée. Le Conseil observe alors que le secret de l'enquête ou de l'instruction n'est pas absolu : l'article 11 permet au procureur de la République, afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, de rendre publics « des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause », soit d'office, soit à la demande de la juridiction ou des parties. Surtout, le secret de l'enquête et de l'instruction s'entend

190. CC, décis. n° 2018-693 QPC, 2 mars 2018, § 6.

191. *Ibid.*, § 8.

192. *Ibid.*

193. *Ibid.*, § 9.

194. *Ibid.*

« sans préjudice des droits de la défense¹⁹⁵ », ce qui permet aux parties ou à leurs avocats de communiquer sur le déroulement de l'enquête ou de l'instruction¹⁹⁶.

Le secret de l'instruction n'étant pas absolu, le Conseil considère que l'atteinte portée à l'exercice de la liberté d'expression et de communication est bien nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi. La décision ne surprend pas car l'on sait que le Conseil n'a jamais « tiré de l'article 11 de la Déclaration de 1789 un devoir des journalistes d'informer le public¹⁹⁷ », pas plus qu'il n'a consacré constitutionnellement le secret des sources des journalistes¹⁹⁸. Pire encore, le Conseil a même censuré l'immunité pénale des journalistes prévue dans la loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias, en ce qu'elle aurait interdit les poursuites pour recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction, ce qui n'aurait pas assuré une conciliation équilibrée avec la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions¹⁹⁹. C'est dire si l'on est loin d'une protection particulière des journalistes²⁰⁰...

Le Conseil constitutionnel laisse toutefois une porte entrouverte, en indiquant que rien n'interdirait au législateur d'autoriser la captation par un tiers du son et de l'image à certaines phases de l'enquête et de l'instruction dans des conditions garantissant le respect de la vie privée et de la présomption d'innocence. Au législateur de prévoir une telle possibilité, ou pas.

J.-B. P.

2 – Les acteurs

– **Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet]**

OXYMORE JURIDIQUE : L'INDÉPENDANCE SUBORDONNÉE DES PARQUETIERS

Concilier l'inconciliable. Le 27 septembre 2017 le Conseil d'État²⁰¹ acceptait de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire

195. Art. 11 du c. pr. pén.

196. Pour une référence équivalente s'agissant du secret de la garde à vue, art. 63-4-4 du c. pr. pén.

197. Commentaire aux *Cabiers*, p. 13.

198. Sur ce point, déc. n° 2015-478 QPC, 24 juil. 2015, *Association French Data Network et autres* ; déc. n° 2016-738 DC, 10 nov. 2016, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*.

199. CC, déc. n° 2016-738 DC, 10 nov. 2016, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*, § 23.

200. Sur ce point, v. P. Januel, « La faible protection du travail des journalistes », *Dalloz actualité*, 14 mars 2018.

201. N° 410403.

de constitutionnalité déposée par le Syndicat de la magistrature quant à l'indépendance des magistrats du parquet. Plus précisément, était contestée la constitutionnalité de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 aux termes duquel : « Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux, ministre de la justice. À l'audience, leur parole est libre. » Selon le syndicat ce texte méconnaîtrait le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire qui découle de l'article 64 de la Constitution, en ce qu'il placerait les magistrats du parquet sous la subordination hiérarchique du garde des Sceaux, alors que ces magistrats appartiennent à l'autorité judiciaire et devraient bénéficier à ce titre, autant que les magistrats du siège, de la garantie constitutionnelle de cette indépendance. Pour le même motif, il reproche pareillement à cette disposition de méconnaître le principe de séparation des pouvoirs, dans des conditions affectant le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire. L'un des intervenants soutenait enfin que ces dispositions contrediraient, toujours pour le même motif, le droit à un procès équitable et les droits de la défense.

La question est tout sauf récente. On sait à quel point le statut des parquetiers français achoppe sur leur indépendance et leur impartialité. À telle enseigne que dans le contentieux très spécifique de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la juridiction strasbourgeoise a elle-même constaté que le ministère public français ne présentait pas des garanties suffisantes d'indépendance pour être qualifiée d'autorité judiciaire pouvant se prononcer promptement sur une privation de liberté²⁰². Certes depuis la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013, le ministre de la Justice ne peut plus adresser aux parquetiers des instructions dans des affaires individuelles. Au surplus, l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 précise donc qu'à l'audience leur parole est libre. Toutefois, en vertu de l'article 28 de cette ordonnance, les décrets portant nomination aux fonctions de magistrat du parquet sont pris par le président de la République sur proposition du garde des Sceaux, après avis de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature. Et en application de l'article 66, la décision de sanction d'un magistrat du parquet est prise par le garde des Sceaux après avis de la formation compétente du Conseil supérieur de la magistrature. Alors que les magistrats du siège sont inamovibles et soumis au seul Conseil supérieur de la magistrature quant à leur discipline, ceux du parquet sont clairement placés sous l'autorité du garde des Sceaux²⁰³.

202. CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, Req. 3394/03 ; CEDH, 23 nov. 2010, *Moulin c/ France*, Req. 37104/06 ; pour un alignement de la Cour de cassation, v. Crim. 15 décembre 2010, n° 10-83674

203. Sur le recours « spécial » contre les décisions de sanction v. B. de Lamy, *RSC* 2018. 163

À bien y regarder, au regard de cette dépendance institutionnelle (pouvoir de nomination et de sanction du ministre de la Justice) deux options étaient ouvertes au Conseil constitutionnel. Soit reconnaître que le parquet est *de facto* et *de jure* dépendant du Ministère de la justice, et déclarer cet état contraire à l'article 64 de la Constitution qui prévoit que « le président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire ». Soit affirmer que cette dépendance bien que contraire à l'article 64 doit être conciliée avec l'article 20 selon lequel le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation ; les Sages auraient alors pu affirmer que cela n'emportant pas violation de la Loi fondamentale, la conciliation opérée entre les textes pouvant être jugée équilibrée²⁰⁴.

Le Conseil a préféré esquisser une troisième voie, celle d'une indépendance restreinte : puisque l'article 20 inclut dans le périmètre du Gouvernement « les domaines d'action du ministère public » (§ 5), il en conclut que « la Constitution consacre l'indépendance des magistrats du parquet, dont découle le libre exercice de leur action devant les juridictions, que cette indépendance doit être conciliée avec les prérogatives du Gouvernement et qu'elle n'est pas assurée par les mêmes garanties que celles applicables aux magistrats du siège » (§ 9).

Après avoir rappelé les éléments attestant d'une indépendance fonctionnelle (liberté de parole et d'exercice des poursuites, impartialité, enquête à charge et à décharge) les Sages affirment que « les dispositions contestées assurent une conciliation équilibrée entre le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire et les prérogatives que le Gouvernement tient de l'article 20 de la Constitution. Elles ne méconnaissent pas non plus la séparation des pouvoirs » (§ 14). Ils en concluent alors que « les dispositions contestées, qui ne méconnaissent pas non plus le droit à un procès équitable ni les droits de la défense ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution » (§ 15).

Discussion. On pourrait objecter que la parole et l'orientation des poursuites ne sont peut-être pas réellement libres lorsqu'une nomination et donc une carrière sont en jeu. Et ajouter que l'activité du parquet est tout sauf limitée à la seule audience. Que l'impartialité ne se décrète pas surtout quand ledit magistrat est incontestablement une partie au procès²⁰⁵. Que l'enquête à charge et à décharge reste symbolique en l'état du droit positif. Bref, on pourrait émettre l'idée que la dépendance statutaire, *i. e.* la subordination institutionnelle (celle liée à la carrière) l'emporte

204. V. en ce sens A. Botton, « Les magistrats du parquet, des subordonnés indépendants », *Lexbase Pénal*, janv. 2018, n° 1.

205. Une partie n'est-elle pas par essence... partielle ?

amplement sur l'indépendance dans l'exercice des fonctions. Le Conseil préfère y voir une indépendance subordonnée (*sic*). Au regard des réformes annoncées²⁰⁶, le législateur devant notamment transcrire en droit français le règlement 2017/1939 du 12 octobre 2017 créant le Parquet européen et imposant son indépendance²⁰⁷, le Conseil livre donc une interprétation assez complaisante des textes litigieux. Rappelons qu'une lecture plus ajustée (dépendance réelle) aurait pu être conciliée avec l'article 20, ce qui aurait sans doute conduit... à une solution identique. Dont acte ! La solution est entre les mains du constituant. Si l'on s'en tient au rôle joué par le ministère public en droit pénal, à l'instar du professeur De Lamy²⁰⁸, il faut néanmoins observer que tout n'est pas qu'une question de statut mais également de procédure, d'équilibre et de garanties...

N. C.

3 – Les fichiers

– **Décision n° 2017-670 QPC du 27 octobre 2017, M. Mikhaïl P. [Effacement anticipé des données à caractère personnel inscrites dans un fichier de traitement d'antécédents judiciaires]**

FICHAGE DES ANTÉCÉDENTS JUDICIAIRES ET RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

Au-delà du souvenir et du témoignage historique, la mémoire est un enjeu important pour la justice pénale, en ce qu'elle peut faciliter la preuve du présent ou permettre de se prémunir contre l'avenir. Dans cette logique, et depuis le système Bertillon, le législateur n'a eu de cesse de créer des fichiers pour conserver tantôt les empreintes digitales, tantôt les empreintes génétiques, mais aussi les antécédents judiciaires des personnes mises en cause²⁰⁹. L'article 230-6 du Code de procédure pénale autorise à cette fin les services de la police nationale et de la gendarmerie nationale à mettre en œuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel recueillies au cours des enquêtes ou au cours des instructions et concernant tout crime ou délit et certaines contraventions de la cinquième classe. Selon l'article 230-7 du même Code, ces traitements peuvent contenir des informations sur les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices, à la

206. V. T. Lefort, « Emmanuel Macron veut “un parquet à la française” », *Dalloz actualité*, 16 janv. 2018.

207. Art. 6.

208. Précit.

209. Sur ces différents fichiers, v. V. Gautron, « Fichiers de police », *Rép. dr. pén.* Dalloz. Du même auteur, v. également « Usages et mésusages des fichiers de police : la sécurité contre la sûreté ? », *AJ pénal* 2010, p. 266.

commission de ces infractions. Le passé pénal, entendu très largement, est ainsi conservé dans ce fichier TAJ²¹⁰, relatif au traitement des antécédents judiciaires, et ce pendant une durée comprise entre cinq ans et quarante ans selon l'âge de l'individu et la nature de l'infraction²¹¹.

Or, ce fichage quasi généralisé pose la question du respect de la vie privée des personnes concernées, dont le nombre est estimé à près de 10 millions²¹² : leurs données personnelles seront ainsi conservées pendant de très nombreuses années. Pour assurer une conciliation, le législateur a prévu différents mécanismes d'effacement, soit automatique, soit à la demande de l'intéressé ; toutes les hypothèses ne sont cependant pas prévues, ce qui a conduit à la saisine du Conseil constitutionnel pour vérifier le respect des droits fondamentaux dans les hypothèses non prévues.

À l'occasion d'un pourvoi formé contre l'ordonnance du président de la chambre de l'instruction, qui a rejeté sa demande d'effacement d'une mention au fichier de traitement d'antécédents judiciaires, le requérant a soulevé l'inconstitutionnalité de l'article 230-8 du Code de procédure pénale, texte prévoyant les conditions pour bénéficier d'un effacement anticipé. Selon ce texte, dans sa version issue de la loi du 3 juin 2016²¹³, « le procureur de la République se prononce sur les suites qu'il convient de donner aux demandes d'effacement ou de rectification » ; le texte poursuit en prévoyant l'effacement, sauf décision contraire du procureur, des données personnelles des personnes mises en cause et ayant bénéficié d'une décision de relaxe ou d'acquittement devenue définitive, ainsi que la mention, sauf si le procureur ordonne l'effacement, des décisions de non-lieu et de classement sans suite. Or, le requérant avait été condamné et dispensé de peine ; il n'entrait donc pas dans les prévisions de ce texte et donc dans les hypothèses prévoyant ou permettant un effacement anticipé. La chambre criminelle, jugeant la question sérieuse au regard de l'atteinte possible au droit au respect de la vie privée, renvoie alors la question au Conseil constitutionnel²¹⁴.

Procédant à l'examen de l'article 230-8 du Code de procédure pénale, le Conseil commence par observer que ce texte, créé par la loi du 14 mars 2011²¹⁵, avait été spécialement examiné et déclaré conforme

210. Depuis la loi n° 2011-267 du 14 avril 2011 et le décret n° 2012-652 du 4 mai 2012, le fichier TAJ a remplacé les anciens fichiers « système de traitement des infractions constatées » (STIC) et « système judiciaire de documentation et d'exploitation » (JUDEX).

211. Art. R. 40-27 du c. pr. pén.

212. Estimation faite par la CNIL en 2015.

213. Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

214. Cass. crim., 26 juil. 2017, n° 16-87.749.

215. Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

à la Constitution par une décision du 10 mars 2011²¹⁶. Postérieurement à cette déclaration de conformité, le premier alinéa de l'article 230-8 a été modifié par la loi du 3 juin 2016, ce qui caractérise, selon le Conseil, un changement de circonstances permettant le réexamen du texte. Sur ce point, l'on remarque que la Cour de cassation avait également caractérisé un changement de circonstances²¹⁷ compte tenu, non pas de l'évolution législative, mais de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 septembre 2014 qui l'avait provoquée²¹⁸. L'on pourrait considérer que le changement résulte de l'une ou de l'autre, mais à bien regarder la décision du Conseil constitutionnel, et l'évolution de sa position, l'influence du droit européen des droits de l'homme ne fait aucun doute²¹⁹. Alors que dans sa décision du 10 mars 2011, le Conseil avait considéré que l'article 230-8, aux conditions pourtant plus restrictives, étant conforme à la Constitution, il conclut, dans cette décision du 27 octobre 2017, à la non-conformité des dispositions contestées.

Pour en arriver à cette conclusion, le Conseil relève qu'aucune personne mise en cause autre que celles ayant fait l'objet d'une décision d'acquiescement, de relaxe, de non-lieu ou de classement sans suite ne peut obtenir l'effacement des données qui la concernent²²⁰. Or, comme le relève le Conseil, ce fichier peut contenir des données particulièrement sensibles²²¹. De plus, si ce n'est la fourchette prévue par l'article R. 40-27, le législateur n'a pas fixé la durée maximum de conservation des informations enregistrées. Enfin, le Conseil relève que ces données peuvent être utilisées dans le cadre d'une enquête pénale, mais aussi d'une enquête administrative.

Dès lors, observant que les dispositions contestées privent « les personnes mises en cause dans une procédure pénale, autres que celles ayant fait l'objet d'une décision d'acquiescement, de relaxe, de non-lieu ou de

216. CC, décis. n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*.

217. Cass. crim., 26 juil. 2017, préc.

218. CEDH, 18 nov. 2014, *Brunet c. France*, req. n° 21010/10 ; la décision concernait l'impossibilité pour les personnes ayant fait l'objet d'un classement sans suite pour un motif autre que l'insuffisance de charge de demander l'effacement ; cette restriction a été supprimée par la loi du 3 juin 2016.

219. V. encore CEDH, 22 juin 2017, *Aycaguer c. France*, n° 8806/12, où la Cour indique, à propos du FNAEG, que ce fichier n'offre pas, « en raison tant de sa durée que de l'absence de possibilité d'effacement, une protection suffisante ».

220. V. en ce sens la décision de renvoi ; v. également les circulaires CRIM/2014-14/E6 du 18 août 2014 relative aux fichiers d'antécédents judiciaires et du 17 juin 2016 de présentation des dispositions générales de procédure pénale immédiatement applicables de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

221. CC, décis. n° 2017-670 QPC, 27 oct. 2017, § 10 ; l'article R. 40-26 du Code de procédure pénale prévoit en effet que peuvent être enregistrés les éléments d'état civil, la profession ou la situation familiale de la personne et une photographie comportant des caractéristiques techniques permettant de recourir à un dispositif de reconnaissance faciale.

classement sans suite, de toute possibilité d'obtenir l'effacement de leurs données personnelles inscrites dans le fichier des antécédents judiciaires », le Conseil en tire la conclusion qui s'impose et reconnaît l'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée²²². L'abrogation est toutefois reportée au 1^{er} mai 2018, pour laisser le temps au législateur d'intervenir, en permettant dans l'intervalle aux personnes visées de pouvoir solliciter cet effacement²²³.

J.-B. P.

C – LES SANCTIONS

1 – Le prononcé des peines

– **Décision n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres [Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises]**

ASSISES ET MOTIVATION DES PEINES : UN BIENVENU TOUR DE PASSE-PASSE

Issue heureuse. « En n'imposant pas à la cour d'assises de motiver le choix de la peine, le législateur a méconnu les exigences tirées des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789 » (§ 10). Aussi pertinente et opportune que soit cette sentence du Conseil constitutionnel, difficile de nier qu'elle a de quoi surprendre. On sait en effet que les Sages avaient affirmé le 1^{er} avril 2011 qu'il résulte des « garanties relatives aux débats devant la cour d'assises et aux modalités de sa délibération, que le grief tiré de ce que les dispositions critiquées laisseraient à cette juridiction un pouvoir arbitraire pour décider de la culpabilité d'un accusé doit être écarté²²⁴ ». À six années d'intervalle, le Conseil parvient donc à affirmer que la motivation des verdicts criminels n'est pas une exigence constitutionnelle alors que l'absence de motivation des peines prononcées par les cours d'assises heurte les droits et libertés que la norme « supérieure » protège. Subtil jeu d'équilibriste... mais le Conseil s'en explique²²⁵.

Si depuis la loi n° 2011-939 du 10 août 2011, l'article 365-1 du Code de procédure pénale précise que « le président ou l'un des magistrats assesseurs par lui désigné rédige la motivation de l'arrêt », aucune

222. *Ibid.*, § 14.

223. Lors de la remise de cette chronique, la correction n'était pas encore apportée, de telle sorte que, dépourvu de l'alinéa 1^{er}, le texte ne prévoit plus l'effacement automatique ni la possibilité pour l'intéressé de demander l'effacement.

224. CC, décis. n° 2011-113/115 QPC, 1^{er} avril 2011, M. Xavier P. et autre {Motivation des arrêts d'assises}, § 17.

225. V. J.-B. Perrier, La motivation des peines criminelles, *Lexbase Pénal*, avril 2018, n° 4 ; A.-G. Robert, *AJ Pénal*, avril 2018 p. 192 ; D. Guérin, *Droit pénal* n° 4, ét. 9.

disposition n'impose littéralement de motiver le choix de la peine. L'article 362 explicite simplement le mode de délibération permettant de déterminer la sanction. Curieuse motivation à géométries variables que la Cour de cassation a toutefois validée le 8 février 2017²²⁶ :

« Selon l'article 365-1 du Code de procédure pénale, en cas de condamnation par cette juridiction, la motivation consiste dans l'énoncé des principaux éléments à charge qui l'ont convaincue de la culpabilité de l'accusé, et [...] en l'absence d'autre disposition légale le prévoyant, la cour et le jury ne doivent pas motiver le choix de la peine qu'ils prononcent dans les conditions définies à l'article 362 du même Code²²⁷. »

Nonobstant cette position pour le moins discutable, la chambre criminelle renvoyait le 13 décembre 2017 au Conseil une question prioritaire de constitutionnalité portant sur ces articles 362 et 365-1 du Code de procédure pénale²²⁸. Plus précisément, les requérants soutenaient qu'en ce qu'elles n'imposent pas à la cour d'assises de motiver la peine, les dispositions litigieuses porteraient atteinte aux principes de nécessité et de légalité des peines, au principe d'individualisation des peines, au droit à une procédure juste et équitable, aux droits de la défense et au principe d'égalité devant la loi et devant la justice.

Recevabilité périlleuse. L'issue était pour le moins compromise. Le Conseil a en effet affirmé dans sa décision *a priori* du 4 août 2011²²⁹ que l'article 365-1 du Code de procédure pénale était conforme à la Constitution. Or, en application des articles 23-2 al. 3 et 23-5, al. 3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, sauf changement des circonstances, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi d'une QPC portant sur une disposition déjà déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions.

Pour attester d'un changement de circonstances, le Conseil s'appuie alors sur les arrêts rendus par la Cour de cassation le 8 février 2017 et sur la modification apportée à l'article 362 par la loi n° 2014-896 du 15 août 2014. Depuis lors, en cas de réponse affirmative sur la culpabilité, le président de la cour d'assises doit donner lecture aux jurés des articles 130-1 et 132-1 du Code pénal, qui rappellent les finalités de la peine et la nécessité de l'individualiser. Il en résulte, selon le Conseil, un changement des circonstances justifiant le réexamen des articles 362 et 365-1 (§ 7). Le raisonnement n'empêche pas la conviction. Dès 2011 la loi ne prévoyait pas de motivation quant à la peine prononcée par une cour d'assises ; la

226. V. déjà Cass. crim., 18 fév. 2015, n° 14-82.487.

227. Cass. crim., 8 fév. 2017, n° 15-86.914, 16-80.389 et 16-80.391.

228. Cass. crim., 13 déc. 2017, n° 17-82086, 17-82237, 17-82858.

229. CC, décis. n° 2011-635 DC, 4 août 2011.

chambre criminelle n'a fait que le rappeler en février 2017 (en manquant clairement d'audace). Quant à la loi du 15 août 2014, elle permet certes d'éclairer les jurés quant au sens de la sanction pénale. Or, il est ici question de rendre la décision intelligible, non aux yeux du jury, mais à ceux du condamné. Cela est nettement différent sans même qu'il soit question des intérêts de la société à comprendre une peine prononcée par une juridiction criminelle. Quoi qu'il en soit, l'essentiel est ailleurs puisque cet artifice permet au Conseil d'aborder la question de front. Ceci est d'autant plus important que la juridiction européenne n'est ici d'aucune aide²³⁰ alors qu'elle a pleinement conscience que la motivation joue un rôle essentiel quant à l'exercice des voies de recours²³¹.

Principe impérieux. Les Sages prennent soin de rappeler que les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 tendent, en matière pénale, à exclure l'arbitraire dans la recherche des auteurs d'infractions, le jugement des personnes poursuivies, le prononcé et l'exécution des peines (§ 8). Il est ajouté que le principe d'individualisation des peines, induit de l'article 8, « implique qu'une sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce²³² ». Le Conseil en tire la conclusion que « ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine²³³ ». Cette affirmation scelle évidemment le sort de la non-motivation criminelle de la peine.

Ainsi après avoir fait référence à la « jurisprudence constante de la Cour de cassation » selon laquelle « l'article 365-1 du Code de procédure pénale interdit la motivation par la cour d'assises de la peine qu'elle prononce » (§ 9), le Conseil tire en effet la seule conclusion possible :

« En n'imposant pas à la cour d'assises de motiver le choix de la peine, le législateur a méconnu les exigences tirées des articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789. Par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, le deuxième alinéa de l'article 365-1 du Code de procédure pénale doit être déclaré contraire à la Constitution » (§ 10).

Cette décision est d'une importance considérable en ce qu'elle fixe dans le marbre constitutionnel le principe fondamental de motivation des décisions de justice en matière pénale, tant quant à la responsabilité

230. V. récemment CEDH, 19 déc. 2017, « Ramda c/ France », n° 78477/11. O. Bachelet, « Attentats de 1995 : validation strasbourgeoise des condamnations pénales », *Lexbase Pénal*, n° 2 fév. 2018.

231. V. CEDH 24 juil. 2007, « Baucher c/ France », req. 53640/00, § 48 sq.

232. § 8.

233. *Idem*.

qu'à la peine prononcée. Cela vaut pour les juridictions existantes comme pour celles à venir (nous pensons bien évidemment au projet de tribunal criminel qui devrait quoi qu'il en soit motiver la peine puisque les dispositions relatives au jury n'y seraient pas applicables selon le projet d'article 380-2-1, II, 1^o CPP).

Il ne faut en effet pas oublier que la motivation est le seul moyen par lequel le système judiciaire donne la clef de lecture de ses décisions. Elle est l'interface d'intelligibilité des jugements. Si la décision de culpabilité et la peine prononcée peuvent avoir un sens pour le condamné, c'est à la condition que ce dernier comprenne les moyens ayant présidé à la délibération. L'évidence est en ce sens. Si la réponse à des questions précises et circonstanciées peut remédier à l'absence de motivation quant à la culpabilité, l'absence de tout renseignement quant à la peine choisie était vide de sens. Ici, nul palliatif n'existe. Sauf à ce que le président de la cour d'assises n'en délivre la clé de lecture lors de la restitution orale du verdict, accusé et avocat peuvent être bien désemparés face à la peine prononcée. La situation est d'autant plus paradoxale que depuis la loi du 15 août 2014 l'article 130-1 du Code pénal dispose que la peine a entre autres pour fonctions de favoriser l'amendement, l'insertion ou la réinsertion du condamné. Sauf à faire de cette disposition un ectoplasme normatif, toute juridiction répressive doit motiver la peine qu'elle prononce. La chambre criminelle l'a parfaitement compris... en matière délictuelle. En vertu de l'article 132-1 du Code pénal, qui impose implicitement mais sûrement la motivation des peines (sans distinction !), la Cour de cassation s'est lancée depuis le 1^{er} février 2017 dans un vaste mouvement de contrôle de la motivation des sanctions... délictuelles²³⁴. Les censures sont depuis fort nombreuses²³⁵. Que la matière criminelle y échappe, faute de disposition expresse en ce sens, était un non-sens pour qui accorde un soupçon d'importance à la cohérence du droit et au sens de la peine (pour le condamné surtout, mais pour la société également). Nonobstant les circonvolutions afférentes au changement de circonstances, la solution ici formulée restera à n'en pas douter parmi les grandes décisions du Conseil.

Cette sensation est fortement renforcée par les dispositions transitoires.

Droit transitoire glorieux. Les Sages convoquent utilement l'article 62 de la Constitution pour préciser qu'ils peuvent fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets, puis éventuellement prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration (§ 11). Or, l'abrogation immédiate de l'article 465-1 supprimerait les modalités selon lesquelles un verdict

234. Cass. crim. 1^{er} févr. 2017, n^o 15-83.984, 15-85.199 et 15-84.511.

235. V. encore dernièrement Cass. crim., 5 avril 2018, n^o 17-82.461

de culpabilité doit être motivé quant à la culpabilité. Cela étant ostensiblement excessif, le Conseil décide logiquement de reporter au 1er mars 2019 la date de cette abrogation (§ 12). Les termes proposés sont déjà connus à travers l'avant-projet de loi de programmation pour la justice. Serait ainsi ajouté à l'article 365-1 un alinéa précisant que « la motivation consiste également dans l'énoncé des principaux éléments ayant convaincu la cour d'assises dans le choix de la peine, au vu des éléments exposés au cours de la délibération prévue par l'article 362 ». Ce qui reste sommaire bien que préférable au droit antérieur.

En outre, et là est presque l'essentiel, afin de faire cesser l'inconstitutionnalité les Sages estiment à bon droit nécessaire d'indiquer la marche à suivre en attendant la loi à venir : « Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 365-1 du Code de procédure pénale doivent être interprétées comme imposant également à la cour d'assises d'énoncer, dans la feuille de motivation, les principaux éléments l'ayant convaincue dans le choix de la peine » (§ 13). Bien évidemment, il est précisé que les arrêts de cour d'assises rendus en dernier ressort avant la publication de la présente décision et ceux rendus à l'issue d'un procès ouvert avant la même date ne sauraient être contestés sur le fondement de cette inconstitutionnalité (§ 14).

Ces précisions sont les bienvenues. Si elles rappellent les décisions « Initié I²³⁶ » et « M. Maurice L. et autre²³⁷ », elles témoignent surtout de l'existence d'un juge constitutionnel conscient de sa capacité, en cas de nécessité, à modifier en temps réel la matrice juridique.

Nonobstant l'artifice du « changement de circonstances », ne boudons pas notre plaisir : la décision n° 2017-694 QPC est une grande décision.
N. C.

2 – L'application des peines

– **Décision n° 2017-671 QPC du 10 novembre 2017, M. Antoine L. [Saisine d'office du juge de l'application des peines]**

INTERVENTION D'OFFICE DANS UN CADRE DÉLIMITÉ

La fongibilité des peines, voulue et recherchée par le législateur bien que souvent incomprise, suppose de confier à un magistrat le soin d'intervenir pour convertir ces peines, les aménager, ou encore les révoquer, en lui donnant les moyens de sa mission²³⁸. Souvent perçues comme une faveur

236. CC, décis. n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015.

237. CC, décis. n° 2014-420/421 QPC, 9 oct. 2014.

238. Sur ce thème, v. A. Ponselle, « La fongibilité des peines, techniques d'application des peines pour un juge alchimiste », *Les nouveaux Problèmes actuels de sciences criminelles*, LGDJ-Lextenso, vol. XXVII, 2017, p. 127 sq.

faite au condamné, les peines aménagées doivent en effet être contrôlées, surveillées afin de s'assurer du respect des obligations prévues. Lorsque ces obligations ne sont pas respectées, la sanction tombe et s'agissant des peines assorties du sursis avec mise à l'épreuve, cette sanction peut être la révocation de la mesure²³⁹. Afin de faciliter l'examen de telles situations, l'article 721-4 du Code de procédure pénale prévoit que « les mesures relevant de la compétence du juge de l'application des peines sont accordées, modifiées, ajournées, refusées, retirées ou révoquées par ordonnance ou jugement motivé de ce magistrat agissant d'office, sur la demande du condamné ou sur réquisitions du procureur de la République ». La révocation du sursis avec mise à l'épreuve relevant de la compétence du juge de l'application des peines, elle peut être décidée par ce magistrat agissant d'office.

Une telle saisine d'office interpelle au regard du principe d'impartialité, tant l'on sait que le magistrat se saisissant d'office peut être regardé comme ayant un préjugement sur l'affaire²⁴⁰ ; il n'est donc pas surprenant de constater que, dans sa décision du 9 août 2017²⁴¹, la Cour de cassation a jugé que la QPC présentait un caractère sérieux en ce que l'article 721-4 du Code de procédure pénale permet au juge de l'application des peines de se saisir d'office aux fins de statuer seul, après débat contradictoire, sur la révocation d'un sursis avec mise à l'épreuve prononcé par la juridiction de jugement ; une telle possibilité soulève une difficulté évidente au regard du principe de la séparation des organes de poursuites et de jugement et, surtout serait-on tenté de rajouter, du principe d'impartialité²⁴².

Procédant à l'examen de la disposition contestée, le Conseil constitutionnel commence par rappeler les contours du principe d'impartialité appliqué à la saisine d'office : selon les Sages, « une juridiction ne saurait, en principe, disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée²⁴³ », avant de rappeler encore que cette règle n'a pas

239. Art. 742 du c. pr. pén. ; le juge peut également ordonner la prolongation du délai d'épreuve, ou modifier les obligations pesant sur lui.

240. V. ainsi les différentes décisions rendues en matière de redressement ou de liquidation judiciaire, CC, déc. n° 2012-286 QPC, 7 déc. 2012, *Société Pyrénées services et autres* ; CC, déc. n° 2013-352 QPC, 15 nov. 2013, *Société Mara Télécom et autre* ; CC, déc. n° 2013-368 QPC, 7 mars 2014, *Société Nouvelle d'exploitation Sibrau hôtel* ; CC, déc. n° 2013-372 QPC, 7 mars 2014, *M. Marc V.*

241. Cass. crim., 9 août 2017, n° 17-90.014.

242. L'on se souvient toutefois que dans une précédente décision portant sur l'article 723-2 du c. pr. pén., la Cour avait refusé de renvoyer une question similaire portant sur le placement en semi-liberté, considérant que la décision de procéder à un débat ne préjuge pas de la révocation de la semi-liberté et n'affecte donc pas l'impartialité du juge, Cass. crim., 1^{er} sept. 2011, n° 11-90.070.

243. CC, déc. n° 2017-671 QPC, 10 nov. 2017, § 5 ; v. déjà déc. n° 2016-548 QPC, 1^{er} juil. 2016, *Société Famille Michaud Apiculteurs SA et autre* (Saisine d'office du président du tribunal de commerce pour ordonner le dépôt des comptes annuels sous astreinte), § 3.

de portée absolue, sauf si la procédure a pour objet le prononcé de sanctions. Ainsi défini, le principe interdit donc à une juridiction de se saisir d'office pour introduire spontanément une instance.

Or, le Conseil considère que l'article 721-4 n'offre pas une telle faculté au juge de l'application des peines, non pas qu'il ne puisse pas se saisir d'office, mais en ce que le juge n'introduit pas une instance. Selon le Conseil en effet, ce magistrat est « chargé par la juridiction de jugement ayant prononcé la condamnation de suivre la personne condamnée tout le temps de sa peine, en adaptant les modalités d'exécution de celle-ci », de telle sorte qu'il agit « dans un cadre déterminé par la juridiction de jugement et met en œuvre, par ses décisions, la peine qu'elle a prononcée »²⁴⁴. Dès lors, lorsqu'il se saisit d'office pour révoquer un sursis avec mise à l'épreuve, le juge de l'application des peines n'introduit pas une nouvelle instance mais agit « dans le cadre d'une seule instance, débutant avec la saisine du juge de l'application des peines une fois la décision de condamnation rendue et se concluant une fois la peine totalement exécutée »²⁴⁵. Un tel raisonnement peut paraître alambiqué, mais il revient surtout à dire que le juge de l'application des peines n'introduit pas une instance pour prononcer des sanctions qu'il détermine lui-même, auquel cas le principe d'impartialité devrait s'appliquer de manière générale et absolue. Selon le Conseil, le juge se saisit d'office pour intervenir dans le cadre déterminé, et dans ce cas le principe d'impartialité peut être « aménagé », à condition que les pouvoirs d'office soient justifiés par un motif d'intérêt général et exercés dans le respect du principe du contradictoire.

En d'autres termes, le fait que le juge de l'application des peines n'introduise pas une nouvelle instance évince le caractère absolu du principe d'impartialité ; une dérogation à ce principe est donc possible, pour permettre au juge de se saisir d'office dans un cadre déterminé, mais elle doit alors être justifiée et respecter le principe du contradictoire.

La justification découle de l'office même du juge de l'application des peines lorsqu'il intervient en ces matières, « pour prononcer les mesures adéquates relatives aux modalités d'exécution des peines »²⁴⁶, le législateur poursuivant ici des objectifs d'intérêt général de protection de la société et de réinsertion de la personne condamnée.

Le respect du principe du contradictoire soulève en revanche plus de difficultés. Le Conseil observe d'abord que celui-ci est garanti lorsque le juge se prononce concernant les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle, ou concernant les peines de suivi socio-judiciaire, d'interdiction de séjour,

244. CC, décis. n° 2017-671 QPC, 10 nov. 2017, § 8.

245. Commentaire aux *Cabiers*, p. 12.

246. CC, décis. n° 2017-671 QPC, 10 nov. 2017, § 11.

de travail d'intérêt général, d'emprisonnement avec sursis avec mise à l'épreuve ou avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général, ou pour les mesures d'ajournement du prononcé de la peine avec mise à l'épreuve, l'intéressé pouvant présenter ses observations²⁴⁷. Ainsi, la révocation d'un sursis ne peut être prononcée d'office que si l'intéressé a pu présenter ses observations, ce qui assure le respect de la contradiction, ce que révèle d'ailleurs la décision de renvoi, la Cour visant l'hypothèse de la révocation après débat contradictoire²⁴⁸. En revanche, le Conseil observe ensuite que les décisions modifiant ou refusant de modifier ces mesures ou les obligations en résultant sont prises par ordonnance motivée du juge de l'application des peines sans débat contradictoire²⁴⁹. Or, « le juge de l'application des peines ne saurait, sans méconnaître le principe d'impartialité, prononcer une mesure défavorable dans le cadre d'une saisine d'office sans que la personne condamnée ait été mise en mesure de présenter ses observations²⁵⁰ », ce qui conduit le Conseil à formuler une réserve d'interprétation sur ce point, garantissant la conformité du texte à la Constitution²⁵¹. Ainsi, lorsque le juge de l'application des peines se saisit d'office pour prononcer une mesure défavorable au condamné²⁵², il doit toujours entendre les observations du condamné, que cela soit ou non prévu par la loi, afin de garantir ce « degré zéro de l'équité procédurale²⁵³ ».

J.-B. P.

247. Art. 712-6 du c. pr. pén.

248. Dans l'espèce à l'occasion de laquelle la QPC a été soulevée, la révocation du sursis avait été prononcée à l'issue d'un débat contradictoire.

249. Art. 712-8 du c. pr. pén. ; de même, en application de l'article 712-5 du même Code, sauf en cas d'urgence, les ordonnances concernant les réductions de peine, les autorisations de sorties sous escortes et les permissions de sortir sont prises sans débat contradictoire après le seul avis de la commission de l'application des peines.

250. CC, décis. n° 2017-671 QPC, 10 nov. 2017, § 13.

251. Sur la notion de mesure défavorable, Y. Carpentier, « Le clair-obscur de l'application des peines », *Droit pénal* 2018, étude 1, spéc. n° 13.

252. Tel n'est pas le cas toutefois lorsque le juge refuse un allègement des obligations, puisqu'il ne se saisit pas d'office ; la situation ne soulève pas de difficulté puisque le condamné a pu faire valoir ses observations dans le cadre de sa demande.

253. M. Herzog-Evans, « Quel avenir pour les procédures quasi juridictionnelles ? », *AJ Pénal* 2017, p. 538.