



JORF n°0115 du 18 mai 2011 page 8574
texte n° 3

SAISINE

Saisine du Conseil constitutionnel en date du 14 avril 2011 présentée par au moins soixante sénateurs, en application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution et visée dans la décision n° 2011-629 DC

NOR: CSCL1110595X

LOI DE SIMPLIFICATION ET D'AMÉLIORATION DE LA QUALITÉ DU DROIT

M. le président du Conseil constitutionnel, mesdames et messieurs les membres du Conseil constitutionnel, Nous avons l'honneur de vous déférer, conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit.

Les sénateurs socialistes souhaitent attirer votre particulière attention sur trois dispositions de la loi, la première relative à l'introduction de clauses pénales dans les contrats passés par les personnes morales de droit public (I), la deuxième relative au recrutement des conseillers d'Etat (II) et la troisième relative à la participation des rapporteurs publics aux audiences des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (III).

I. - Sur l'article 54 :

L'article 54 prévoit une nouvelle [rédaction de l'article L. 8222-6 du code du travail](#) imposant que « tout contrat écrit conclu par une personne morale de droit public doit comporter une clause stipulant que des pénalités peuvent être infligées au cocontractant s'il ne s'acquitte » de ses obligations en matière de travail dissimulé. Le montant des pénalités est, au plus, égal à 10 % du montant du contrat et ne peut excéder celui des amendes encourues en application des articles L. 8224-1, L. 8224-2 et L. 8224-5 du même code.

Le présent article introduit donc un dispositif de pénalités contractuelles, la personne publique pouvant désormais choisir entre la rupture du contrat ou l'application de pénalités dans la limite de 10 % du contrat. Comme l'indique l'avis du Conseil d'Etat sur le texte cité dans le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale, cet « article 54 modifie en profondeur les relations entre les donneurs d'ordre et leurs cocontractants dans la lutte contre le travail illégal » (n° 2095 du 24 novembre 2009). Cette seule considération suffirait à justifier qu'en soit vérifiée la constitutionnalité.

Mais surtout, toujours selon le rapport de l'Assemblée et les promoteurs du nouveau dispositif, ce nouveau dispositif tendrait « à renforcer l'efficacité du dispositif de responsabilisation du donneur d'ordres en matière de lutte contre le travail dissimulé ».

Or c'est précisément ce dont doutent les requérants, comme ils l'ont fait savoir en séance publique, aussi bien sur les bancs du Sénat que de l'Assemblée. A leurs yeux, en effet, ce mélange des genres entre responsabilité délictuelle et contractuelle ne prévient pas suffisamment contre le risque d'une contractualisation de la responsabilité pénale des cocontractants. En d'autres termes, selon les auteurs de la saisine, il n'est pas exclu que cette disposition permette à ces cocontractants de s'affranchir mutuellement de leurs obligations légales en matière de travail dissimulé, en échange du seul versement de la pénalité.

Si vous estimiez que c'était effectivement le cas, alors il vous appartiendrait de censurer ce nouveau dispositif sur le fondement du principe constitutionnel de la responsabilité, qui implique que « nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la nature ou la gravité de l'acte qui lui est imputé » (n° 2011-626 DC du 29 mars 2011, cons. 6).

II. - Sur l'article 146 bis :

Cette disposition tend à donner une nouvelle rédaction à l'[article L. 133-6 du code de justice administrative](#) au terme de laquelle : « Les auditeurs de 2e classe sont nommés parmi des anciens élèves de l'Ecole nationale d'administration, conformément aux dispositions du décret relatif aux conditions d'accès et au régime de formation de cette école. »

L'actuel article L. 133-6 dispose pour sa part que : « Les auditeurs de 2e classe sont nommés parmi les anciens élèves de l'Ecole nationale d'administration selon les règles propres au classement des élèves de cette école. »

Cette nouvelle disposition, issue d'un amendement du Gouvernement adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, modifie donc les conditions de recrutement des auditeurs du Conseil d'Etat, afin de prendre en compte la suppression annoncée du classement à la sortie de l'Ecole nationale d'administration (ENA). En adoptant cette nouvelle disposition, les sénateurs socialistes considèrent que le législateur est resté en deçà de sa compétence (A), et ainsi méconnu les exigences constitutionnelles liées à l'indépendance des

magistrats et à l'égalité d'accès aux emplois publics (B).

A. — Quant à l'incompétence négative :

Les sénateurs requérants rappellent que le principe de séparation des pouvoirs impose à la fois l'indépendance des juridictions judiciaires et des juridictions administratives. Comme vous l'avez ainsi indiqué, « il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement » (n° 80-119 DC du 22 juillet 1980, cons. 6).

Par ailleurs, et conformément à l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de fixer les règles concernant « le statut des magistrats » et « les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires ».

S'agissant du Conseil d'Etat — dont les requérants ne mettent nullement en cause l'impartialité et l'indépendance, il ressort que l'indépendance de ses membres est moins liée à leur statut législatif qu'à la pratique. Comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme, « l'inamovibilité des membres du Conseil d'Etat n'est pas prévue par les textes mais se trouve garantie en pratique tout comme est assurée leur indépendance par des usages anciens tels que la gestion de l'institution par le bureau du Conseil d'Etat, sans ingérences extérieures (pas de soumission hiérarchique au ministre de la justice à la différence des magistrats du parquet) ou l'avancement à l'ancienneté, garant de l'autonomie tant à l'égard des autorités politiques qu'à l'égard des autorités du Conseil d'Etat elles-mêmes » (Sacilor Lormines c. France du 9 février 2007, n° 65411/01, cons. 65).

Il ne fait pourtant là aucun doute que la Cour a fait preuve d'une bienveillante tolérance à l'égard de notre tradition républicaine. Or les requérants considèrent que, sinon le détail du recrutement des futurs conseillers d'Etat, du moins la définition des principes devant y présider, devraient être déterminés par le législateur, et non laissés au seul pouvoir réglementaire, responsable uniquement de leur mise en œuvre.

Cela serait conforme à votre jurisprudence selon laquelle les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils relèvent du domaine de la loi (n° 2005-198 L du 3 mars 2005, cons. 4), tandis que « la mise en œuvre des garanties déterminées par le législateur relève du pouvoir exécutif » (n° 2009-5 80 DC du 10 juin 2009, cons. 33).

Cela serait également conforme à l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789 qui proclame le principe de l'égal accès aux emplois publics et dont la mise en œuvre « ne saurait conduire, dans la généralité des cas, à remettre au seul Gouvernement l'appréciation des aptitudes et des qualités des candidats à la titularisation dans un corps de fonctionnaires » (n° 85-204 DC du 16 janvier 1986, cons. 9).

Or, en supprimant la référence au « classement » pour le recrutement des auditeurs de 2e classe, qui compte au nombre des garanties de mise en œuvre du principe d'égal accès aux emplois publics (n° 82-153 DC du 14 janvier 1984, cons. 9), et en renvoyant au seul décret les conditions d'accès au Conseil d'Etat, il est manifeste que le législateur a omis « d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 » (n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 13).

B. — Quant à l'indépendance des magistrats et à l'égalité d'accès aux emplois publics :

Les dispositions de l'article 6 de la Déclaration de 1789 relatives à l'égalité d'accès aux emplois publics revêtent un caractère tout particulier lorsqu'il s'agit d'exercer les fonctions de magistrat, judiciaire ou administratif. Qu'en effet, il « découle de ces dispositions, s'agissant des magistrats, en premier lieu qu'il ne soit tenu compte que des capacités, des vertus et des talents » et « en deuxième lieu, que les capacités, vertus et talents ainsi pris en compte soient en relation avec les fonctions de magistrats et garantissant l'égalité des citoyens devant la justice » (n° 98-396 DC du 19 février 1998, cons. 3).

Que s'il n'existe « aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle » qui impose le recours systématique au concours pour le recrutement aux emplois publics (n° 84-178 DC du 30 août 1984, cons. 10), il ressort néanmoins de votre jurisprudence que le concours participe du « respect tant du principe d'égalité devant la justice que de l'indépendance, dans l'exercice de leurs fonctions, des magistrats » (n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, cons. 41).

Ainsi par deux fois avez-vous jugé que les mesures réglementaires d'application de la loi relative au recrutement des magistrats « devront prévoir des épreuves de concours de nature à permettre de vérifier les connaissances juridiques des intéressés » (n° 98-396 DC, cons. 9 et n° 2001-445 DC, cons. 42) et ce, et c'est là le principe fondamental, « afin de garantir l'objectivité qui doit présider aux règles de nomination » des magistrats (n° 98-396 DC, cons. 21).

Or c'est précisément ce que la suppression du classement à la sortie de l'ENA vient mettre en cause, quand bien même le concours d'entrée ne serait pas, lui, supprimé : l'objectivité du recrutement des futurs hauts fonctionnaires, et plus spécifiquement ici des futurs conseillers d'Etat.

Selon les auteurs de la saisine, quelles que soient les garanties offertes par le futur décret dont il est fait état dans le rapport de la commission des lois du Sénat (n° 20 [2010-2011], elles ne sauraient prévenir contre le risque d'une cooptation fondée sur des critères subjectifs et non plus objectifs.

Le classement fait pourtant partie selon votre propre jurisprudence des garanties du respect de l'égal accès aux emplois publics. Ainsi, si vous aviez rejeté l'argument selon lequel la faculté pour le ministre de la fonction publique d'établir la liste des personnes admises à concourir n'était pas contraire à l'article 6 de la Déclaration de 1789, c'est parce que « la nomination des candidats admis au concours dans les corps auxquels ils ont accès est précédée d'une formation par l'Ecole nationale d'administration », et que c'est « l'établissement, à l'issue de cette formation, d'une liste de classement par ordre de mérite » qui « commande le choix des corps par les intéressés » (n° 82-153 DC, cons. 9).

Aussi le législateur ne pouvait-il supprimer la référence au classement à l'article L. 133-6 du code de justice administrative, sans priver de « garanties légales des exigences constitutionnelles » relatives à l'indépendance des magistrats et à l'égal accès aux emplois publics, sinon à encourir votre censure (n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, cons. 15).

III. - Sur l'article 146 ter :

L'article 146 ter tend à insérer dans le code de justice administrative un article L. 732-1 applicable aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel selon lequel : « Dans des matières énumérées

par décret en Conseil d'Etat, le président de la formation de jugement peut dispenser le rapporteur public, sur sa proposition, d'exposer à l'audience ses conclusions sur une requête, eu égard à la nature des questions à juger. »

La conformité de cette disposition avec le principe d'intelligibilité de la loi susceptible de nuire aux droits de la défense (A) et celui de l'égalité devant la justice (B) est sujette à caution.

A. — Quant à l'intelligibilité de la disposition en cause :

Les requérants font ici grief à cette disposition de ne pas respecter le principe de légalité tel qu'inscrit à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, par son manque de clarté et de précision quant à sa portée exacte.

Qu'en effet, l'« objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi » impose au législateur « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques » (n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, cons. 25).

L'équivoque résulte ici de ce que l'article prévoit que le rapporteur public puisse être dispensé « d'exposer à l'audience ses conclusions sur une requête ».

Or des dispositions déjà existantes — toutes législatives soit dit en passant — qui autorisent que soit dérogé à l'article L. 7 du code de justice administrative (1), aucune n'est rédigée en ces termes.

(1) Selon lequel : « Un membre de la juridiction, chargé des fonctions de rapporteur public, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent. »

Vous pourrez vous référer utilement à cet égard aux articles L. 522-1 du code de justice administrative, L. 213-9 et L. 512-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ou encore à l'article L. 441-2-3-1 du code de la construction et de l'habitation, qui tous indiquent que l'audience « se déroule sans conclusions du rapporteur public ».

Il ressort ainsi clairement de ces différents articles que les procédures concernées ne donnent pas lieu à conclusions du rapporteur public.

A l'inverse, ici, il n'est pas dit que la procédure ne donne pas lieu à des conclusions, mais seulement que ces conclusions ne sont pas exposées à l'audience, ce qui ne revient pas tout à fait au même.

Ainsi un certain nombre de questions demeurent en suspens : le rapporteur public devra-t-il, dans tous les cas, rédiger des conclusions ? La dispense ne portera-t-elle que sur la lecture des conclusions ? Ou le rapporteur public sera-t-il dispensé de regarder le dossier ? Ou émettra-t-il, dans tous les cas, un avis destiné à la seule formation de jugement ? Dans ce cas, devra-t-il en donner le sens avant l'audience aux parties ? Les sénateurs socialistes n'ignorent pas qu'il ressort a priori des travaux préparatoires de cet article 146 ter qu'il vise à dispenser la nécessité même de rédiger des conclusions. Néanmoins, eu égard aux conséquences sur le respect des droits de la défense qu'aurait une interprétation autre, ce que dira votre haute juridiction sera de la plus haute importance.

Qu'en effet, si vous avez pu juger dans votre décision n° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010 que « les modalités de composition des formations de jugement sont sans effet sur l'obligation de respecter les droits de la défense » (cons. 5), il n'en va pas de même s'agissant des conclusions du rapporteur public qui ont bien un effet sur le respect du contradictoire et du principe d'égalité des armes dont doivent bénéficier les justiciables (n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, cons. 58, n° 2005-520 DC du 22 juillet 2005 et n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010), dès lors que, comme l'indique le président de l'Union syndicale des magistrats administratifs, il est unanimement admis que le rapporteur public est « un acteur central du contradictoire » (2).

(2) Axel Barlerin, « Rapporteur public : chronique d'une controverse annoncée », AJDA, 6 septembre 2010, p. 1576.

Or, si l'article 146 ter était interprété comme autorisant le rapporteur public à ne faire connaître ses conclusions qu'à la formation de jugement, et non au justiciable concerné, il encourrait alors votre censure, car, comme l'a relevé la Cour européenne des droits de l'homme, « la notion de procès équitable implique aussi en principe le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation soumise au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter » (Kress c. France du 7 juin 2001, n° 39594/98, § 74).

B. — Quant à l'égalité devant la justice :

Vous avez jugé conforme à la Constitution dans votre décision n° 2010-54 QPC précitée qu'il était loisible au législateur de renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de déterminer le champ des exceptions au principe selon lequel les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel siègent en formation collégiale. La disposition alors en cause inscrite à l'article L. 222-1 du code de justice administrative prévoyait que : « Les jugements des tribunaux administratifs et les arrêts des cours administratives d'appel sont rendus par des formations collégiales, sous réserve des exceptions tenant à l'objet du litige ou à la nature des questions à juger. »

Comme l'indique le commentaire aux Cahiers de votre décision, les requérants invoquaient notamment la violation du principe d'égalité devant la justice, en s'appuyant sur votre décision n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, dans laquelle vous aviez jugé qu'il faisait « obstacle à ce que des citoyens se trouvant dans des conditions semblables et poursuivis pour les mêmes infractions soient jugés par des juridictions composées

selon des règles différentes » (cons. 5).

Or vous avez rejeté leurs prétentions au regard de deux considérations que l'on ne retrouve pas en l'espèce. D'abord que la loi n'habilitait « pas à fixer des catégories de matières ou de questions qui ne reposeraient pas sur des critères objectifs » (cons. 5). L'inverse eût néanmoins été étonnant. Mais tout au moins l'article L. 222-1 prévoyait-il que les exceptions devraient tenir compte de « l'objet du litige » ou de « la nature des questions à juger ».

Or rien de tel en l'espèce puisque l'article 146 ter se contente d'une référence aux « matières énumérées par décret en Conseil d'Etat » sans plus de précisions, sans référence à de quelconques critères objectifs.

Par ailleurs, le commentaire aux Cahiers indique que la référence à votre décision n° 75-56 DC n'était pas pertinente, car si vous aviez alors jugé que la disposition laissant au président du tribunal de grande instance la faculté de décider si l'affaire devait être jugée par trois magistrats selon le droit commun ou par un seul méconnaissait l'égalité devant la justice, c'est parce qu'il pouvait le faire « en toutes matières », et de manière totalement « discrétionnaire ».

Or l'article L. 222-1 au contraire ne conférait aucun pouvoir discrétionnaire aux présidents des tribunaux et cours. Une fois la liste de matières définies par le pouvoir réglementaire, la formation, collégiale ou unique, était connue.

A l'inverse, la disposition ici disputée, si elle prévoit effectivement l'établissement d'une liste d'exceptions — dont on a néanmoins vu qu'elle ne contenait pas de critères objectifs, réintroduit une part de pouvoir discrétionnaire puisque, selon l'idée que le rapporteur public et le président de la formation de jugement se feront de « la nature des questions à juger », il y aura oui ou non intervention dudit rapporteur à l'audience. La différence de traitement qui résultera de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, entre des justiciables qui se trouvent pourtant dans des situations semblables, est dès lors constitutive d'une rupture d'égalité devant la justice qui appelle votre censure.