

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

Xavier Magnon, Tatiana Disperati, Nicolas Catelan, Jean-Baptiste Perrier

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2018/1 N° 113 , PAGES 173 À 218
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130803065

DOI 10.3917/rfdc.113.0173

Date de mise en ligne : 26/03/2018

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2018-1-page-173?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

XAVIER MAGNON
TATIANA DISPERATI
NICOLAS CATELAN
JEAN-BAPTISTE PERRIER

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

I – COMMENTAIRES DES DÉCISIONS

Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part

*L'AECG DEVANT LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL :
MUCH ADO ABOUT QUITE NOTHING !*

La litanie traditionnelle du contrôle de constitutionnalité des engagements internationaux relatifs à l'Union européenne, selon laquelle, « l'autorisation de ratifier le traité X ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution », s'est tue : « L'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part, signé le 30 octobre 2016 à Bruxelles, ne comporte pas de clause contraire à la Constitution. » Certes, il n'est pas ici question de contrôle d'un traité modificatif des traités sur l'Union européenne, mais d'un traité conclu par l'Union européenne et par les États membres

Xavier Magnon, professeur de droit public, Aix Marseille Université, université de Toulon, université Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, ILF, Aix-en-Provence, France ; Tatiana Disperati, docteur en droit, membre du CDPC Jean-Claude Escarras, université de Toulon, CNRS UMR 7318 DICE ; Nicolas Catelan, maître de conférences à Aix-Marseille Université, LDPSC (EA 4690) ; Jean-Baptiste Perrier, professeur à Aix-Marseille Université, LDPSC (EA 4690).

de l'Union. C'est d'ailleurs précisément cette double dimension, européenne et nationale, et, plus précisément, l'exigence de mise en œuvre d'une procédure de ratification nationale, qui a permis l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité sur ce traité en France¹. Il n'en reste pas moins que sa dimension européenne, à savoir le fait que l'Union y soit partie dans un domaine qui relève de sa compétence, colore la décision d'une lumière particulière. Le Conseil constitutionnel fait d'ailleurs état d'un engagement international « en étroite coordination avec » le droit de l'Union européenne². L'apport de la décision réside incontestablement dans l'usage des principes et règles inhérents à l'identité constitutionnelle de la France dans un contrôle de constitutionnalité conduisant à remettre en cause des stipulations des traités sur l'Union européenne déjà en vigueur. Pour le reste, tout un ensemble d'éléments de la décision n'appellent pas de commentaires particuliers et il n'en sera fait état que de manière brève. Sur le fond, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est dicté par la saisine des députés et s'articule autour de questions relativement disparates.

La structure de la décision demeure classique. Après avoir exposé l'objet du contrôle, l'accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, les griefs avancés par les requérants, rappelé les normes de référence du contrôle, le Conseil constitutionnel procède à l'examen au fond de la régularité de l'accord au regard de la Constitution, en fonction des stipulations dont la constitutionnalité est dénoncée et des griefs d'inconstitutionnalité soulevés.

Il reste que l'originalité première de la décision réside dans l'objet même du contrôle : il s'agit d'un traité conclu par l'Union et par les États membres, autrement dit, il est un accord mixte, selon la terminologie doctrinale³. Cette double signature, Union et États, appelle la mise en œuvre de deux procédures de ratification, l'une propre à l'Union européenne, qui exigeait en l'espèce l'approbation du Parlement européen⁴, l'autre, devant

1. De manière quelque peu originale, du moins pour un constitutionnaliste, la déclaration n° 20 du Conseil du 14 janvier 2017, déclaration qui fait partie intégrante de l'accord, envisage l'échec, et même l'échec définitif, de la procédure interne de ratification par l'un des États parties « en raison d'une décision prononcée par une Cour constitutionnelle », voir *infra*.

2. Le Conseil constitutionnel a fait, à cette occasion, quelque peu évoluer le considérant de principe formulant les cas d'inconstitutionnalité susceptibles d'être constatés à l'encontre d'un engagement international. Alors qu'il n'était question que des « engagements souscrits à cette fin », sous-entendu la création d'une organisation européenne permanente, s'ajoute désormais ceux qui sont « en étroite coordination avec celle-ci » (comparer CC, décis. n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, cons. 11 et CC, décis. n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité de Lisbonne modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, cons. 9).

3. Voir sur ces accords : C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 6^e éd., 2016, §§ 237-238 et § 812.

4. Qui est intervenue le 15 février 2017.

être conduite au sein de chaque État membre de l'Union européenne. C'est précisément ce volet interne, l'existence d'une procédure interne de ratification, qui a permis de déférer l'accord au Conseil constitutionnel. Dans le prolongement, il convient de souligner, qu'en tant qu'accord mixte, celui-ci intervient dans des domaines de compétences qui sont attribués de manière exclusive à l'Union européenne, dans d'autres, qui relèvent d'une compétence partagée entre l'Union et les États et, dans d'autres enfin, qui demeurent des domaines de compétences étatiques. Cette architecture complexe appellera, nous y reviendrons, des modalités de contrôle variables selon les domaines de compétences concernés.

Au regard de son contenu, tel qu'il est rappelé de manière fastidieuse par le Conseil constitutionnel par une énumération des titres de chacun des 30 chapitres dont il est composé⁵, cet accord vise à créer une zone de libre-échange entre le Canada et l'Union européenne mais, au-delà⁶, il contient également des stipulations sur les marchés publics et la propriété intellectuelle et certaines sur le commerce et le travail, le développement durable et l'environnement. Cet accord est extrêmement technique et regroupe un ensemble de mesures s'inscrivant dans une logique de libre-échange au sein de la zone géographique concernée. D'un point de vue politique, il est apparu comme le symbole d'un libéralisme économique débridé et, par ailleurs, comme étant susceptible de remettre en cause le modèle européen, en particulier en matière agricole.

L'existence d'une saisine parlementaire mérite d'être relevée, tant sur le principe que sur les griefs qui sont soulevés. Une telle saisine n'est certes pas originale, mais la tradition en matière du droit de l'Union européenne faisait du Chef de l'État le requérant d'habitude à l'initiative du contrôle de constitutionnalité des lois exercé sur le fondement de l'article 54 de la Constitution. Ce changement de requérants n'est en l'espèce pas sans conséquence sur le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel. Celui-ci n'est plus saisi, comme c'était le cas avec le Président de la République, d'une saisine blanche, mais d'une saisine argumentée, soulevant l'irrégularité de certaines stipulations de l'accord. Le contrôle du Conseil constitutionnel, en raison des conséquences de celui-ci sur le

5. CC, décis. n° 2017-749 DC, 31 juillet 2017, *Accord économique et commercial global entre le Canada, d'une part, et l'Union européenne et ses États membres, d'autre part*, cons. 3. L'indication en note de bas de page des seuls numéros des « considérants », sans autre précision, renvoie aux « considérants » de la décision commentée.

6. Reste certes à déterminer ce que « doit » contenir un accord de libre-échange, la protection de la propriété intellectuelle pouvant parfaitement être considérée comme un moyen de garantir le libre-échange. Selon une acception minimale, il est possible de considérer qu'un accord de libre-échange vise à supprimer les barrières douanières et toutes les mesures d'effet équivalent à la libre circulation des biens, des marchandises, des capitaux et/ou des services entre les États parties à l'accord. Voir pour une classification des accords commerciaux distinguant les zones de libre-échange, les unions douanières, les marchés communs et l'union économique : N. Quoc Dinh, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, Lextenso, 2009, 8^e éd., § 656.

caractère renforcé de la procédure de ratification en cas de déclaration d'inconstitutionnalité, demeure un contrôle intégral, portant sur toutes les stipulations du traité dans leur rapport avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles. En l'espèce, toutefois, le Conseil constitutionnel ne soulève ni de conclusion, ni de moyen d'office. Il s'en tient à l'argumentation des requérants.

Sans entrer encore dans les détails de celle-ci, une dernière attention doit être accordée aux normes de référence du contrôle et aux modalités du contrôle.

Sur le premier point, la décision ne présente aucune originalité au regard des normes de références et de la formulation des considérants, sous réserve, précisément, de la disparition de la rédaction sous forme de considérants. Seul le « considérant », il semble qu'il faille désormais parler de « paragraphe⁷ », ce qui, en l'occurrence, perd en élégance, formalisant les cas d'irrégularité constitutionnelle (contrariété à la Constitution, remise en cause des droits et libertés constitutionnellement garantis ou atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale), fait-il l'objet d'une légère reformulation permettant de couvrir, au-delà des engagements « souscrits » en vue de la participation de la France à l'Union européenne, ceux qui le sont « en étroite coordination avec » cette finalité⁸.

Sur le second, les modalités du contrôle, la décision est d'un apport qui semble décisif, sans pour autant totalement convaincre sur le fond. Le Conseil constitutionnel distingue en effet deux modalités de contrôle selon que les stipulations de l'accord contrôlées relèvent, d'une part, des compétences exclusives de l'Union ou, d'autre part, de compétences partagées entre l'Union et les États ou appartenant aux seuls États : ces dernières catégories de stipulations appellent l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité normal, au regard des trois « catégories⁹ » de normes

7. Nous nous autoriserons, de manière transitoire et afin d'absorber psychologiquement de manière progressive le choc de cette révolution, de retenir le terme de « paragraphe » et non plus celui de « considérant » dans le corps de texte, tout en renvoyant encore, en notes en bas de page, aux « considérants » et donc aux « cons. » des décisions du Conseil constitutionnel.

8. Cons. 11. Il faut également noter que le dernier paragraphe de l'exposé des normes de référence ne comprend plus la formule selon laquelle « sont toutefois soustraites au contrôle de conformité à la Constitution celles des stipulations du traité qui reprennent des engagements antérieurement souscrits par la France » (CC, déc. n° 2004-505 DC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 8 ; n° 2007-560 DC, 20 décembre 2007, *Traité modifiant le traité de l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*, cons. 10), ce qui ne se justifiait pas en l'espèce et ne peut donc être considéré comme un changement de formulation des paragraphes de principe.

9. Le terme de catégorie est peut-être ici utilisé de manière abusive dans la mesure où la première « catégorie » mentionnée par le Conseil constitutionnel, la Constitution, contient elle-même les deux autres catégories, à savoir les droits et libertés constitutionnellement garantis et les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, même si ce dernier élément apparaît comme une création prétorienne du juge.

constitutionnelles auxquelles sont confrontées les stipulations d'un accord international (Constitution, droits et libertés et conditions essentielles...) ; les premières, un contrôle du seul respect des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Se retrouve ainsi, pour la première fois de manière explicite, une référence à l'identité constitutionnelle en dehors de la jurisprudence relative aux lois de transposition de directives, que ces dernières soient indirectement des normes objets du contrôle de constitutionnalité¹⁰ ou des normes de référence de la loi qui a pour objet de les transposer¹¹. En l'espèce, l'identité est opposée à des stipulations d'un accord qui traduisent l'exercice d'une compétence déjà reconnue à l'Union européenne dans le cadre d'engagements en vigueur valablement souscrits. Autrement dit, l'identité est opposée, indirectement, à des stipulations en vigueur d'un engagement international. Plus précisément encore, opposer l'identité aux stipulations de l'accord de libre-échange conduit à remettre en cause potentiellement l'exercice de compétences exclusives reconnues à l'Union par des traités en vigueur. Le contrôle *a priori* aboutit à une remise en cause de l'exercice de compétences dont le fondement juridique résulte d'un traité en vigueur et, plus précisément, d'un traité sur l'Union européenne. *Pacta sunt servanda*, ou plutôt, la simplification de la rédaction des décisions imposant désormais d'éviter les formules latines¹², l'obligation d'application de bonne foi des traités internationaux paraît, pour le moins, affectée par une telle jurisprudence.

Celle-ci est porteuse d'une éventuelle profonde nouvelle orientation de jurisprudence constitutionnelle, même si celle-ci était implicitement en germe dans la jurisprudence *Confiance dans l'économie numérique*, lue par le prisme de la jurisprudence *Droits d'auteur* : le droit de l'Union en vigueur, quelles qu'en soient les expressions formelles (traité, règlement, décision, arrêt de la Cour de justice...), peut se voir opposer les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France devant le Conseil constitutionnel. Même si une telle portée peut être considérée comme couverte par l'article 4 § 2 du traité sur l'Union européenne¹³, elle apparaît, en pratique, d'autant plus problématique qu'un éventuel conflit potentiel serait insusceptible, contrairement à ce qui pourrait se produire dans le cadre

10. Décision de principe : CC, décis. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*.

11. Décision de principe : CC, décis. n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, complétée et précisée par CC, décis. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*.

12. Comparer cons. 44 et CC, décis. n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, cons. 7.

13. En vertu duquel : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale ».

de la QPC¹⁴, de donner lieu à un renvoi préjudiciel, potentiellement pacificateur, en interprétation ou en appréciation de validité devant la Cour de justice de l'Union européenne, dans le cadre du contrôle *a priori*, faisant ainsi obstacle à une éventuelle neutralisation européenne du conflit¹⁵.

Il faut encore rappeler à cet égard que le Conseil constitutionnel avait déjà refusé l'exercice d'un contrôle *a posteriori* d'un traité à l'occasion de l'examen *a priori* d'un nouvel engagement international¹⁶ et, qu'à l'exception d'une décision ancienne, isolée et marginale¹⁷, jamais il n'a accepté d'exercer un contrôle *a posteriori* sur un traité international en vigueur. La nouveauté ainsi introduite par la décision, du moins si l'on en tire toutes les potentialités, fait de l'identité une *contre-limite* générale au droit de l'Union européenne. Certes, ceux qui voudront tempérer, voire neutraliser la portée de cette jurisprudence, soutiendront que ce contrôle est purement générique, ce que le seul paragraphe formalisant en l'espèce l'exercice de ce contrôle confirme en l'occurrence¹⁸. Il n'en reste pas moins que les potentialités de la décision apparaissent comme lourdes de conséquences pour le respect du droit de l'Union dans l'ordre interne.

Cette distinction entre ces deux catégories de stipulations oblige le Conseil constitutionnel à classer les stipulations de l'accord. Le juge français s'appuie ici sur l'avis n° 2/15 du 16 mai 2017 de la Cour de justice, qui porte sur un autre accord de libre-échange entre l'Union européenne et la République de Singapour, et les critères qui y sont utilisés pour distinguer entre les différentes catégories de compétences affectées par cet accord, compétences exclusives de l'Union européenne, compétences partagées entre l'Union et les États et/ou compétences exclusives des États. Cet avis de la Cour est mentionné dans les visas et dans les motifs de la décision. En s'appuyant sur cet avis, et les principes qu'il contient, le Conseil conclut, dans un considérant ramassé, « que ne relèvent de

14. Décision de principe sur le renvoi préjudiciel dans le cadre de la QPC : CC, décis. n° 2013-314P, 14 avril 2013, M. Jeremy F. [Absence de recours en cas d'extension des effets du mandat d'arrêt européen – question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne]. Décision ultérieure dans le cadre DC réaffirmant l'incompétence du juge constitutionnel de procéder à un tel renvoi dans le cadre d'un contrôle *a priori* : CC, décis. n° 2014-694 DC, 28 mai 2014, Loi relative à l'interdiction de la mise en culture des variétés de maïs génétiquement modifié, cons. 4 ; pour une décision antérieure : CC, décis. n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, précit., cons. 20.

15. Pour une brève synthèse : T. S. Renoux, M. de Villiers, X. Magnon, *Code constitutionnel*, LexisNexis, 8^e éd., 2017, sur le contrôle de constitutionnalité du droit dérivé de l'Union européenne, sous art. 54 C., § 14, p. 996 *sq.*, sous art. 61-1, § 13, p. 1058 ; sur le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice : sous art. 61 C., § 18, p. 1034 *sq.*, sous art. 61-1 C., § 14, p. 1059 et s.

16. CC, décis. n° 92-308 DC, 9 avril 1992, *Maastricht I*, cons. 5 à 8, telle qu'éclairée par le commentaire du secrétaire général de l'institution alors en fonction : B. Genevois, « Le traité sur l'Union européenne et la Constitution », *RFDA*, 1992, p. 379-381.

17. CC, décis. n° 98-399 DC, 5 mai 1998, *Loi Réséda*, cons. 15.

18. Voir en ce sens : cons. 73.

la compétence exclusive de l'Union européenne ni les stipulations de l'accord figurant au chapitre VIII relatives aux investissements autres que directs, ni celles qui définissent, à sa section F, la procédure de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États. Il en va de même des stipulations des chapitres Ier, 21, 26, 27, 28, 29 et 30, pour autant que celles-ci concernent une compétence partagée entre l'Union européenne et ses États membres¹⁹ ». Cette affirmation, non motivée, contraste avec les 305 points de l'avis de la Cour de justice, dans lesquels celle-ci procédait à la même opération de classification des différents domaines de compétence couverts par l'accord de libre-échange sur lequel elle se prononçait.

Au-delà de cette seule question, il faut d'ailleurs souligner la pauvreté argumentative de la décision. Et l'on peine d'ailleurs à comprendre l'intérêt de coupler à cette brièveté une tentative de simplification du vocabulaire, qui appauvrit inutilement la motivation, l'abandon de la formule *pacta sunt servanda* en représentant le symbolise le plus fort. Le temps où le Conseil constitutionnel, ou du moins certains de ses anciens membres, défend(ai)ent le fait que les décisions du Conseil constitutionnel n'avaient pas pour destinataire immédiat les citoyens²⁰ est sans doute révolu²¹. Si l'on ne peut que s'en féliciter, il n'en reste pas moins qu'une simplification du vocabulaire n'a de sens que si est abandonnée, par ailleurs, la brièveté de la motivation. À cet égard, seul le constat de l'indigence de celle-ci s'impose. Une seule illustration générale : sur les 75 considérants de la décision, 25 formalisent un exposé²² ou un résumé des stipulations du traité, et 88 un strict rappel du seul énoncé des normes constitutionnelles de référence. Près de la moitié de l'argumentation du Conseil constitutionnel n'est donc que reprise d'énoncés textuels existants. De plus, la motivation dans un paragraphe par renvoi à d'autres paragraphes²³ étonne toujours dans une décision de justice, cette pratique, qui rend déjà complexe la lecture des notices d'appareils électroménagers, dérouté ici.

Sur le fond, la décision, guidée par la saisine des requérants qui est ici déterminante, mérite d'être lue autour de deux blocs. Le premier,

19. Cons. 17.

20. La motivation du Conseil constitutionnel n'est pas considérée comme étant explicative ; c'est un jugement et un texte à interpréter, « elle ne se présente pas sous la forme d'un texte accessible pour un lecteur non informé. Elle ne peut être comprise du citoyen que par des intermédiaires explicatifs » (G. Canivet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in S. Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2013, p. 236-239).

21. Pour un commentaire critique sur cette question, voir en particulier : « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une cour constitutionnelle », *RFDC, numéro spécial : 25 ans de droit constitutionnel*, n° 100, 2014, p. 999-1009.

22. En particulier, les considérants 32, 45, 47, 56, 59, 62, 65 et 67 ne font que reprendre les stipulations du traité sans aucune valeur ajoutée explicative.

23. Voir cons. 29, 41 et 57.

inédit dans la jurisprudence constitutionnelle française, concerne le recours à un tribunal spécial pour la résolution de litiges liés à l'application de l'accord. Ce dispositif est contesté sous l'angle à la fois de la souveraineté et, plus précisément, des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté, et des droits fondamentaux (A). L'examen de ce dispositif par le Conseil constitutionnel mérite d'autant plus d'attention que le recours à de tels modes de résolution des conflits, excluant la compétence des juridictions nationales, se multiplie dans les accords internationaux. Le second volet recouvre, de manière étonnante après plus de 60 ans de processus d'intégration européenne, un ensemble de griefs rattachables, plus ou moins directement à la souveraineté, ce qui témoigne d'un retour certain du concept de souveraineté face à un accord de libre-échange (B).

A – LES MODES DE RÉOLUTION SPÉCIFIQUES DE LITIGES
DANS LE CADRE D'UN ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE :
ENTRE SOUVERAINETÉ ET DROITS FONDAMENTAUX

En quoi la création d'une juridiction spéciale chargée de résoudre les litiges relatifs à certaines questions dans le cadre d'un accord de libre-échange est-elle susceptible de heurter la Constitution ? Formulée de manière aussi générale, la question renvoie, assez naturellement, à l'existence de juridictions obligatoires pour traiter des questions de régularité dans un système supranational de libre-échange et même de marché commun, à l'instar... de la Cour de justice de l'Union européenne. La situation en l'espèce présente une dimension plus restreinte. Elle concerne seulement le chapitre VIII de l'accord relatif à l'investissement, dont la section F institue un mécanisme de règlement des différends relatifs aux investissements entre investisseurs et États. Deux juridictions sont créées, un « Tribunal » (art. 8.27) et un « Tribunal d'appel » (art. 8.28), compétents, selon une procédure particulière, pour régler les litiges entre un investisseur et un État d'accueil ou l'Union européenne. Elles ne sont toutefois pas des juridictions obligatoires car l'accord du défendeur est nécessaire pour que le tribunal puisse régler le différend (art. 8.25). Sans entrer dans les détails, il faut encore ajouter que l'exécution des sentences du tribunal ou du tribunal d'appel est régie « par la législation relative à l'exécution des jugements ou des sentences qui est en vigueur là où l'exécution est demandée » (art. 8.41 § 4). Ce mode de règlement des différends est contesté sous deux angles : sur le plan des principes, il est considéré comme portant une atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (1), en substance, il est dénoncé comme méconnaissant les principes d'indépendance, d'impartialité et d'égalité (2).

1 – Les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale

L'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale est constituée pour les requérants par la possibilité pour les investisseurs du Canada d'échapper, à leur convenance, à la compétence des juridictions françaises. Les députés arguaient également du fait que l'attribution de cette compétence aux tribunaux portait atteinte à la compétence exclusive de la Cour de justice de l'Union européenne, ce qui, combiné à l'affirmation précédente, s'avère quelque peu contradictoire. Sur ce dernier point, ce grief fournit une nouvelle fois l'occasion au Conseil constitutionnel de rappeler que, saisi en application de l'article 54 de la Constitution, il ne lui appartient pas d'apprécier la régularité d'un engagement international par rapport à un autre engagement international et qu'il ne tient pas, non plus, de l'article 88-1 de la Constitution une telle compétence.

Concernant l'exclusion de la compétence des juridictions internes, le Conseil constitutionnel ne propose aucune grille générale de lecture, aucune formalisation de la grille d'appréciation qu'il met en œuvre dans l'exercice du contrôle du respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. Seuls les différents points successivement relevés par le Conseil constitutionnel pour conclure à l'absence d'irrégularité permettent de dessiner en creux les éléments pris en compte dans l'exercice du contrôle. Six éléments sont mentionnés, sans que la plupart d'entre eux n'appellent de commentaires particuliers. L'ensemble du raisonnement conduit par le Conseil constitutionnel vise à minorer l'importance de cette justice spécifique.

Le *domaine* dans lequel intervient le tribunal est d'abord précisé. En substance, ce domaine est réduit puisqu'il ne concerne que le chapitre VIII de l'accord qui a, selon les termes du juge constitutionnel, « pour objet de contribuer à la protection des investissements réalisés dans les États parties par des investisseurs couverts par l'accord, sans faire obstacle à toute mesure que les États sont susceptibles de prendre en matière de contrôle des investissements étrangers²⁴ ». Autrement dit, le domaine couvert par la compétence du tribunal ne concerne que l'un des domaines de l'accord, l'investissement, sans que l'accord, dans ce seul domaine, n'affecte la compétence de l'État en dehors de cet accord. L'accord sur l'investissement et son mode particulier de résolution des conflits ne concernent que les parties à l'accord ; chaque État demeurant libre de régir ce domaine avec des États tiers. Le domaine d'intervention de cette justice spécifique est doublement limité, en interne, au sein de l'accord, et vis-à-vis de l'extérieur, il ne concerne pas les États tiers.

24. Cons. 22.

Les *pouvoirs* accordés au tribunal sont envisagés sous différents angles²⁵. Quant à leur *étendue*, le tribunal ne peut accorder que le versement de dommages pécuniaires et de tout intérêt applicable et/ou la restitution de biens, lorsqu'il prononce des mesures provisoires, aucune saisie ou interdiction d'application de la mesure ne peut être ordonnée, il ne dispose d'aucun pouvoir d'interprétation ou d'annulation des actes des organes de l'Union européenne ou de ses États membres. Quant à l'exécution des décisions rendues, celle-ci demeure régie par la législation relative à l'exécution des jugements ou des sentences qui est en vigueur là où l'exécution est demandée.

La *compétence du tribunal* dans le domaine de l'investissement est explicitée : « en cas de méconnaissance d'une obligation prévue, en matière de traitement non discriminatoire, à la section C, en ce qui concerne l'expansion, la direction, l'exploitation, la gestion, le maintien, l'utilisation, la jouissance et la vente ou disposition » de son investissement ou, en matière de protection des investissements, « à la section D, si l'investisseur affirme avoir subi une perte ou un dommage en raison de la violation alléguée »²⁶.

La *composition* du tribunal est évoquée et, en particulier, la composition paritaire réunissant autant de membres nommés par l'Union européenne que de membres nommés par le Canada, la désignation par « consentement mutuel » des membres par un comité mixte dont le fonctionnement nécessite, en particulier pour cette désignation, le commun accord entre l'Union européenne et les États membres²⁷.

La *compétence exigée des membres* de ce tribunal est rappelée : les « membres du Tribunal possèdent les qualifications requises dans leurs pays respectifs pour la nomination à des fonctions judiciaires, ou sont des juristes possédant des compétences reconnues. Ils auront fait la preuve de leurs connaissances spécialisées en droit international public. Il est souhaitable qu'ils possèdent des connaissances spécialisées plus particulièrement dans les domaines du droit de l'investissement international, du droit commercial international et du règlement des différends découlant d'accords internationaux en matière d'investissement ou d'accords commerciaux internationaux²⁸ ».

Les *conflits* ou *divergences* potentiels entre les tribunaux institués par l'accord et les *juridictions de droit interne* sont envisagés par l'accord. Ainsi, si les tribunaux sont saisis, l'investisseur requérant doit renoncer à introduire une procédure devant une juridiction interne ou internationale en présence d'une mesure qui constitue une violation visée par sa plainte ou

25. Cons. 23.

26. Cons. 24.

27. Cons. 25.

28. Cons. 26.

se retirer ou se désister d'une telle procédure si elle est en cours. De plus, il est précisé que toute interprétation adoptée par le comité mixte lie le tribunal, ce qui garantit la mainmise de la représentation de l'Union et du Canada sur l'interprétation de l'accord face aux juges²⁹.

Enfin, l'absence d'exclusion générale de la *compétence des juridictions nationales* est mentionnée : « Le fait de relever du champ d'application de l'accord n'interdit pas aux investisseurs étrangers de porter par préférence, s'ils le souhaitent, le différend devant le juge national plutôt que devant le tribunal institué par l'accord³⁰. »

Le Conseil constitutionnel a ainsi explicité les garanties conventionnelles au respect des conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale (domaine d'application, pouvoirs de la juridiction, compétence de la juridiction, sa composition, la compétence exigée de ses membres, rapports avec les juridictions nationales), dont certaines ne sauraient, en l'occurrence, être réunies face à une juridiction obligatoire disposant d'une compétence générale pour apprécier la régularité des comportements nationaux au regard des exigences posées par les normes du système d'intégration dans lequel cette juridiction prend place. Cette méthode garantit la plasticité de l'appréciation du juge constitutionnel, sans que celui-ci ne soit véritablement lié par l'un ou l'autre des éléments soulevés. Elle inscrit également la motivation dans l'espèce dans laquelle elle s'insère, sans poser de cadre général d'appréciation au-delà de l'espèce. En dehors de l'atteinte à la souveraineté, la création de ces tribunaux soulève des questions plus substantielles au regard du respect des droits fondamentaux et, plus précisément, au regard des griefs soulevés par les requérants, du respect des principes d'indépendance, d'impartialité et d'égalité.

2 – Les principes d'indépendance, d'impartialité et d'égalité

Exiger le respect d'exigences constitutionnelles substantielles de la part de tribunaux institués par un ordre juridique extérieur revient à imposer un certain fonctionnement de ces tribunaux conforme à celles-ci. La France ne saurait ratifier un traité instituant des juridictions que si ces dernières respectent les exigences constitutionnelles qui s'imposent aux juridictions nationales. Tel est, en tout état de cause, le sens qu'il convient de donner à l'opposition de griefs constitutionnels substantiels à des organes créés au sein d'ordres juridiques internationaux partiels. Un mimétisme constitutionnel est ainsi imposé dans des proportions qu'il convient toutefois de mesurer.

29. Cons. 27.

30. Cons. 28.

Des griefs relatifs aux droits fondamentaux invoqués, il convient de distinguer, d'une part, le respect des principes d'indépendance et d'impartialité et, d'autre part, celui du principe d'égalité.

En acceptant d'examiner le grief tiré de la violation des principes d'indépendance et d'impartialité, déduits de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Conseil constitutionnel exige que ces principes soient respectés par un ordre normatif international partiel instituant une juridiction. Il faut voir ici une translation et une projection du respect des exigences constitutionnelles nationales sur un ordre juridique externe³¹. La motivation proposée pour parvenir au constat du respect de ces principes est pour le moins réduite. Le Conseil reprend le contenu des paragraphes 1, 2 et 4 de l'article 8.30, qui garantit l'indépendance des membres, en posant notamment l'interdiction de suivre des instructions d'une organisation ou d'un gouvernement sur des questions liées aux différends, l'interdiction des conflits d'intérêt direct ou indirect, et en prévoyant la possibilité de révocation d'un juge³². Il précise encore, qu'en vertu de l'article 8.27 § 5, les membres du tribunal sont nommés pour un mandat de 5 ans renouvelable une fois, dans un second paragraphe³³. Le Conseil constitutionnel conclut, « qu'il résulte de ce qui précède³⁴ » – la qualité de la motivation est une nouvelle fois appréciable – qu'il n'y a pas de méconnaissance des principes invoqués. Il ne formalise ainsi pas de manière explicite et précise ce qui permet de garantir le respect de ces principes, mais se contente de relever les garanties conventionnelles qui permettent de le faire.

L'indépendance et l'impartialité des juridictions semblent toutefois être implicitement appréciées de concert lorsqu'il s'agit de constater l'autonomie des membres du tribunal vis-à-vis des gouvernements ou de toute organisation et de l'existence de moyens pour les parties aux litiges de révoquer l'un des membres du tribunal. Tant l'affirmation de principe de l'indépendance et de l'impartialité que l'existence d'un mécanisme permettant de le sanctionner garantissent le respect des principes constitutionnels. L'indépendance demeure une garantie de l'impartialité. La durée du mandat renforce également ce mouvement, moins sans doute le caractère renouvelable du mandat, même s'il n'est renouvelable qu'une seule fois.

Concernant le principe d'égalité, les requérants dénonçaient le privilège de juridiction reconnu aux investisseurs canadiens, et non pas aux

31. Voir plus généralement sur cette question : « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », in M. Fatin-Rouge Stéphanini et G. Scoffoni (dir.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, *Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, n° 2, PUAM, 2013, p. 61-69.

32. Cons. 32.

33. Cons. 33.

34. Cons. 34.

investisseurs provenant d'États tiers, qui ne serait justifié ni par une différence de traitement ni par un motif d'intérêt général. Deux points sont successivement examinés par le Conseil constitutionnel.

Le premier concerne les droits accordés en vertu de l'accord au profit des investisseurs non ressortissants de l'État d'accueil de l'investissement, à savoir les investisseurs provenant, soit des États membres de l'Union européenne, soit du Canada, qui bénéficient en effet du traitement national, du traitement de la nation la plus favorisée, du traitement juste et équitable et de la protection contre les expropriations directes ou indirectes. L'alignement des droits de l'investisseur étranger sur les droits reconnus à l'investisseur national, au sein de chaque partie à l'accord, ne révèle aucune méconnaissance du principe d'égalité, au contraire, il en renforce le respect, même si cette égalité est garantie entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers. Le Conseil prend toutefois soin de préciser que le « a du paragraphe 6 de l'instrument interprétatif commun prévoit que l'accord "ne conduira pas à accorder un traitement plus favorable aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs nationaux"³⁵ ». Autrement dit, l'égalité est garantie entre les deux catégories d'investisseurs, mais aucun traitement privilégié ne saurait être accordé à l'investisseur étranger.

Le second est relatif au régime spécifique accordé par la section F du chapitre VIII aux investisseurs canadiens qui peuvent seuls bénéficier de l'accès aux tribunaux et non pas les autres investisseurs. Le grief ainsi présenté est pour le moins étonnant. Il consiste en substance à remettre en cause le domaine d'application du traité, qui, par définition, concerne précisément les investisseurs des États parties au traité et qui ne saurait donc, concerner les investisseurs d'autres États. Un tel grief aurait pu être opposé au traité de l'Union européenne qui réserve, qui peut s'en étonner, des droits... aux ressortissants des États membres de l'Union, et non pas à ceux des États tiers, ce qui est, en l'occurrence, précisément l'objet même du traité. Le raisonnement est proche de l'absurde. La réponse du Conseil constitutionnel s'inscrit d'ailleurs parfaitement dans cette perspective : ce traitement préférentiel des investisseurs canadiens (parce que le Canada est partie à l'accord qui accorde ce traitement) « répond toutefois au double motif d'intérêt général tenant, d'un côté, à créer, de manière réciproque, un cadre protecteur pour les investisseurs français au Canada et, de l'autre, à attirer les investissements canadiens en France », ce qui constitue à l'évidence l'objet même du traité. Pour le dire autrement, les droits reconnus aux investisseurs canadiens ne méconnaissent pas le principe d'égalité parce que de tels droits résultent du traité qui les instituent... Aussi, comme ne manque d'insister le Conseil constitutionnel, ce motif d'intérêt

35. Cons. 36.

général, à savoir l'objet même du traité, « est en rapport direct avec l'objet de l'accord », ce dont personne ne pouvait en effet douter.

B – LE RETOUR DES GRIEFS LIÉS À LA SOUVERAINETÉ FACE À UN ACCORD DE LIBRE-ÉCHANGE

Certains pourraient y voir une conséquence du renouvellement profond des membres de l'Assemblée nationale, mais un ensemble de griefs soulevés par les requérants apparaît quelque peu anachronique aujourd'hui, après plus de 60 ans d'intégration européenne. Sans doute, le contexte politique anxiogène autour d'un accord de « libre-échange » avec le Canada n'est-il pas étranger à la présence de ces griefs. Certains d'entre eux renvoient à une lapalissade, comme la perte de pouvoir normatif consécutif à la conclusion de l'accord, d'autres à une question qui n'en est pas une, à savoir l'absence de clause de dénonciation, d'autres encore apparaissent pour le moins étonnants, l'omission de l'accord dans la préservation du principe de précaution, un dernier, enfin, témoigne d'une inquiétude quant à l'application provisoire de l'accord. Ils renvoient tous, plus ou moins directement, à la souveraineté dans son sens premier, de puissance suprême de l'État. Sans doute peut-on encore les classer selon les éléments qui ne sont pas prévus par l'accord, et donc ceux qui témoignent des carences de celui-ci (le respect du principe de précaution et l'absence de clause de dénonciation) (1), et ceux qui révèlent des incertitudes quant à son application (la perte de pouvoir normatif et l'application provisoire de l'accord) (2).

1 – La dénonciation des carences de l'accord

Sur les deux griefs ici rangés, il en est un qui n'est pas original, celui de l'absence de clause de dénonciation, et l'autre qui l'est plus, du moins en tant que grief opposé à un engagement international, mais dont la logique interne sur laquelle il repose est pour le moins surprenante, la carence de l'accord en ce qui concerne le respect du principe de précaution.

L'absence de clause de dénonciation dans un traité ne devrait, en réalité, pas poser de difficulté. Si une telle clause n'existe pas, les règles du droit international général, formalisées dans l'article 56 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, demeurent en principe applicables pour la dénonciation ou le retrait d'un traité³⁶. Le silence de l'accord de la dénonciation ne signifie donc pas que celle-ci est exclue, mais seulement qu'elle pourra

36. Voir sur cette question : N. Quoc Dinh, P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public, op. cit.*, § 195. Voir également : F. Luchaire, « Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale », *RDP*, 1991, p. 1509-1511.

se faire en application des règles générales du droit international public sur la dénonciation. Malgré cela, le Conseil constitutionnel examine le grief, qui n'est d'ailleurs pas original dans sa jurisprudence. Dans la décision du 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, le Conseil constitutionnel relève, avant de constater la conformité à la Constitution du traité dont il était saisi, que celui-ci contient une clause de dénonciation³⁷. Un moyen en ce sens a ensuite été explicitement invoqué devant le Conseil constitutionnel à propos de la Convention d'application des Accords de Schengen. Les requérants relevaient qu'en l'absence de clause de dénonciation prévue par cette Convention, « la France ne pourrait se désengager même si elle estimait que le système mis en place ne correspondait plus à ses vues et intérêts³⁸ ». Dans la décision du 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, le Conseil constitutionnel examine le moyen pour le rejeter au fond. L'argumentation retenue n'est toutefois pas dépourvue d'ambiguïté dans la mesure où, à l'appui de la solution retenue – « l'absence de référence à une clause de retrait ne saurait constituer en elle-même un abandon de souveraineté³⁹ » –, le juge examine les clauses de la Convention relatives à sa modification⁴⁰. Le Conseil constitutionnel relève que l'accord de la France, formalisé par le recours à une procédure interne de ratification ou d'approbation, est exigé pour l'adhésion de nouveaux membres et la modification de la Convention. Il semble ainsi subordonner la constitutionnalité d'un traité ne comportant pas de clause de dénonciation à l'exigence d'un accord préalable de l'État à toute modification de ce traité concernant ses signataires ou son contenu. La modification du traité est ainsi indirectement assimilée à la possibilité de retrait. S'il est vrai qu'un retrait peut constituer un cas de modification d'un traité, dans l'espèce soumise au Conseil constitutionnel, aucune stipulation de la Convention n'envisageait ce cas particulier de modification. L'appréciation souple⁴¹ à laquelle procède le Conseil constitutionnel tend à éloigner en pratique toute éventuelle censure d'un traité sur ce point. Enfin, la décision du 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à la peine de mort*, marque une position plus radicale dans la mesure où, désormais : « porte atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à celle-ci⁴² ».

37. CC, décis. n° 85-188 DC, 22 mai 1985, *Protocole n° 6*, cons. 1.

38. Saisine du Conseil constitutionnel du 28 juin 1991 par plus de soixante députés, *JORF*, Lois et règlements, 27 juillet 1991, p. 10008.

39. CC, décis. n° 91-294 DC, 25 juillet 1991, *Accord de Schengen*, cons. 58.

40. Pour une critique sous cet angle : J. Rideau, « Aspects constitutionnels comparés de l'évolution vers l'Union européenne », in *La Constitution et l'Europe*, Journées d'étude du 25 mars 1992 au Sénat, université Panthéon-Assas, Montchrestien, 1992, p. 152.

41. Voir en ce sens : P. Gaïa, « Chronique constitutionnelle », *RFDC*, 1991, n° 8, p. 711.

42. CC, décis. n° 2005-524/525 DC, 13 octobre 2005, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, cons. 5. Voir pour une lecture critique de cette décision sur ce point : *RFDC*, n° 66, 2006, p. 330-334.

La décision commentée reprend cette dernière solution, tout en adaptant la formule : « l'adhésion irrévocable à un engagement international touchant à un domaine inhérent à la souveraineté nationale porte atteinte aux conditions essentielles de son exercice⁴³ ». Si l'on excepte le fait que l'adhésion irrévocable à un engagement international est une situation qui n'existe pas, en principe, en droit international public, le juge constitutionnel formalise un seuil explicite d'atteinte aux conditions essentielles lorsqu'il existe une adhésion irrévocable à un engagement international intervenant dans un domaine inhérent à la souveraineté nationale. Ce choix soulève une difficulté, qui existe plus généralement avec la formalisation du seuil d'inconstitutionnalité au travers des « conditions essentielles d'exercice⁴⁴... ». À supposer le seuil franchi, et donc du constat d'une atteinte à un domaine inhérent à la souveraineté nationale, la révision constitutionnelle éventuelle préalable, exigée avant toute ratification, aboutira à inscrire dans la Constitution, en substance, une autorisation d'atteinte à un domaine inhérent... Le pouvoir de révision constitutionnelle permettrait l'impensable : la renonciation au cœur de la souveraineté. La souveraineté du « pouvoir constituant », selon la formule du Conseil constitutionnel⁴⁵, préférons l'expression de « pouvoir de révision constitutionnelle », lui permet de renoncer à la souveraineté. De plus, une révision constitutionnelle intervenant pour lever l'obstacle d'inconstitutionnalité aboutirait à rendre le retrait d'une convention internationale constitutionnellement impossible, alors pourtant qu'un tel retrait est possible en vertu des règles du droit international public.

La carence de l'accord se manifeste ensuite avec l'invocation du principe de précaution. Ce principe est invoqué en tant que grief classique : l'engagement international méconnaît ce grief. Il l'est également de manière plus originale : l'engagement international ne fait aucune référence à ce principe et n'impose aucune obligation aux parties en la matière. C'est ici la carence de l'accord qui est dénoncée en ce qu'il ne consacrerait pas un principe, ni ne prévoirait des obligations à la charge des États pour en garantir le respect. Le Conseil constitutionnel distingue en l'occurrence les deux situations : « L'absence de mention expresse du principe de précaution dans les stipulations de l'accord qui relèvent d'une compétence partagée entre l'Union européenne et les États membres n'empêche pas de méconnaissance de ce principe⁴⁶. » Cette omission conventionnelle

43. Cons. 69.

44. Voir : « Souveraineté, identité, et Europe : autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution. De l'échec d'une formalisation d'une souveraineté interne à une reconnaissance inévitable d'une souveraineté internationale de l'État », in H. Gaudin (dir.), *La Constitution européenne de la France*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », 2017, p. 53-71.

45. Voir par exemple, CC, décis. n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, *Maastricht II*, cons. 19.

46. Cons. 57.

n'est pas sans soulever de redoutables difficultés si l'on pense aux conséquences qu'il faudrait tirer d'une déclaration d'inconstitutionnalité. La renégociation du traité pour qu'une telle protection soit intégrée paraît possible, mais, en pratique, elle est pour le moins complexe à mettre en œuvre. Il faudrait, ce qui serait plus simple, modifier la Constitution pour permettre à l'accord de déroger au principe de précaution, ce qui se passe en pratique à chaque fois qu'une révision constitutionnelle intervient pour lever l'obstacle d'inconstitutionnalité constaté par le Conseil constitutionnel à propos d'un engagement international. Il n'en demeure pas moins que le résultat, face à ce grief de carence, demeure le même : le principe de précaution n'est pas respecté. Ces difficultés ne sont sans doute qu'élucubrations doctrinales car le Conseil constitutionnel relève plusieurs stipulations de l'accord qui « sont propres à garantir le respect du principe de précaution⁴⁷ ». En outre, le 2 de l'article 24.8 de l'accord stipule : « Les parties reconnaissent que, en cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne sert pas de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement. » Ces stipulations autorisent les parties à prendre des mesures économiquement efficaces visant à prévenir la dégradation de l'environnement en cas de risque de dommages graves ou irréversibles.

Il n'est toutefois pas si évident qu'il ne paraît au Conseil constitutionnel que les stipulations en question garantissent le principe de précaution ; la protection de l'environnement en général, sans aucun doute, pour le respect du principe de précaution, les doutes sont permis. Dans les stipulations de l'accord mentionnées, il est question de protection de l'environnement, couplée au développement économique et au développement social, de développement durable, de l'amélioration de l'application du droit en matière d'environnement, de consultation du public dans la discussion des questions de développement durable, de développement d'un haut niveau de protection de l'environnement grâce à la législation et aux politiques. Certes, le Conseil constitutionnel relève, qu'indirectement, à travers les décisions du comité mixte dans certains domaines qui exigent que la position défendue par les représentants de l'Union européenne en son sein soit établie par le Conseil (des ministres de l'union européenne) – du moins s'agit-il d'une interprétation possible du paragraphe de la décision qui renvoie à d'autres paragraphes pour motiver cette question⁴⁸ –, le principe de précaution tel qu'il est consacré en droit de l'Union européenne, notamment avec l'article 191 du TFUE, s'imposera.

47. Cons. 60.

48. Le § 57 renvoie en effet à la lecture des § 48 à 50 de la décision.

Il faut constater que cette « motivation » ne concerne cependant que le grief d'omission et non pas celui de violation directe, alors pourtant que le Conseil constitutionnel distingue effectivement les deux. Aucune motivation n'existe pour écarter l'argumentation des requérants sur la violation directe du principe. Sans doute faut-il considérer, même si l'absence de protection du principe de précaution n'est pas une violation de ce principe, que les éléments contenus dans l'accord qui permettent la protection de l'environnement et qui, même si l'on peut discuter, « garantissent » le principe de précaution témoignent de ce que le principe de précaution n'est pas violé. La protection indirecte du principe contribue à ce que le principe n'est pas méconnu.

2 – Les incertitudes sur l'application de l'accord

Deux griefs seront ici étudiés : celui de la perte de pouvoir normatif de la France et celui renvoyant à l'application provisoire.

Non sans naïveté, les députés requérants dénoncent le fait que la conclusion d'un engagement international limite le pouvoir normatif de l'État et, plus précisément, pour reprendre les mots du Conseil constitutionnel, que « l'accord comporte des règles contraignantes pour l'élaboration des normes de droit interne dans une mesure qui affecte les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ». Certes, l'on pourra toujours retenir que ce qui pose problème ce n'est pas tant la limitation du pouvoir normatif en elle-même, mais une limitation de ce pouvoir dans une mesure qui affecte les conditions essentielles... , il n'en reste pas moins que le grief est susceptible d'être invoqué à l'encontre de n'importe quel engagement international. Sur tout, cette limitation est la conséquence de l'usage de la compétence de l'État de conclure des engagements internationaux et, alors que chaque engagement international limite le pouvoir normatif de l'État, s'il faut, à chaque fois, réviser la Constitution, c'est la capacité même de l'État à conclure des engagements internationaux qui se trouve affectée. De manière plus précise, pour les requérants, le pouvoir de décision du comité mixte, organe central de décision dans le cadre de l'accord pose problème : « Les attributions conférées par l'accord au comité mixte constitueraient un autre empiètement sur la compétence normative nationale de nature à faire obstacle à la ratification du traité sans révision constitutionnelle préalable⁴⁹. » En outre, le « dispositif de règlement des différends portant sur l'interprétation ou l'application des stipulations de l'accord prévu à son chapitre 29 » produirait la même difficulté⁵⁰.

49. Cons. 43.

50. Cons. 43.

La naïveté du grief appelle, du moins dans un premier temps, une affirmation du Conseil constitutionnel qu'il l'est tout autant : « Dès lors que la France aura ratifié l'accord et que celui-ci sera entré en vigueur, les règles qui y figurent s'imposeront à elle. La France sera liée par ces stipulations qu'elle devra appliquer de bonne foi en application des "règles du droit public international". L'accord aura, en application de l'article 55 de la Constitution, une autorité supérieure à celle des lois. Il appartiendra aux divers organes de l'État de veiller à l'application de cet accord dans le cadre de leurs compétences respectives. Ainsi, l'ordre juridique interne défini par la Constitution impose au législateur de respecter les stipulations des traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés⁵¹. »

Ce premier constat est, dans un second temps, renforcé par tout un ensemble d'autres considérations. La première d'entre elles consiste à soutenir que « l'accord comporte des stipulations qui rappellent la capacité des parties à légiférer et à réglementer⁵² ».

Concernant l'interdiction des mesures de limitation ou de restriction de nature à entraver l'accès aux marchés couverts par l'accord en matière d'investissements directs, le Conseil constitutionnel rappelle que ce domaine relève de la compétence exclusive de l'Union européenne et que sont par ailleurs exclues de cette interdiction les mesures « restreignant la concentration de la propriété dans le but d'assurer une concurrence loyale » ou « visant à assurer la conservation et la protection des ressources naturelles et de l'environnement »⁵³. La coopération en matière de réglementation entre les parties en vue de poursuivre plusieurs objectifs est également favorisée par l'accord et cette coopération est volontaire.

De manière plus précise et plus directe, les pouvoirs du comité mixte sont exposés : « en particulier celles de superviser et faciliter la mise en œuvre et l'application de l'accord, promouvoir ses objectifs généraux, superviser les travaux des comités spécialisés et résoudre les différends pouvant survenir quant à l'interprétation ou l'application de l'accord dans certains domaines⁵⁴ ». Le comité peut encore « adopter des interprétations des stipulations de l'accord qui lient les tribunaux » institués par l'accord en matière d'investissement. Il dispose enfin, en vue d'atteindre les objectifs de l'accord, « du pouvoir décisionnel pour toute question » dans les cas prévus par l'accord, étant entendu, qu'« en vertu du 2 de ce même article, les décisions prises par le comité mixte "lient

51. Cons. 44.

52. Cons. 45.

53. Cons. 46.

54. Cons. 48.

les Parties" »⁵⁵. Le Conseil précise également que, si le comité a la capacité d'amender les protocoles et annexes, cette compétence ne s'applique pas en matière d'expropriation et de dette publique⁵⁶. Il semble ainsi ne considérer que cette compétence – de modifier les protocoles et annexes de l'accord ? !⁵⁷ – ne pose problème que dans ces derniers domaines. Enfin et surtout, les décisions du comité qui lient les parties sont adoptées « par consentement mutuel » entre les membres qui le compose, à savoir les représentants de l'Union européenne et ceux du Canada. Dans cette situation, la position de l'Union européenne doit être établie par le Conseil (des ministres de l'Union européenne), en application de l'article 218 § 9 du TFUE⁵⁸. En outre, dans cette situation, en vertu de la déclaration n° 19 du Conseil et des États membres du 14 janvier 2017, lorsqu'une décision du comité mixte relève de la compétence des États membres, la position commune en son sein « est adoptée d'un commun accord » au Conseil.

Le caractère obligatoire des interprétations de l'accord par le comité vis-à-vis du tribunal garantit l'assentiment des parties à l'accord sur ces interprétations. Enfin, la procédure spécifique de règlement des différends portant sur l'interprétation et l'application de l'accord prévue par le chapitre 29 de l'accord n'intervient que pour assurer la bonne application de l'accord et n'affecte pas, pour le Conseil constitutionnel, l'élaboration des normes de droit interne. Deux éléments sont invoqués par le juge constitutionnel à l'appui du rejet du grief. En premier lieu, seules les compétences exclusives de l'Union européenne sont susceptibles de recevoir une application provisoire ; en second lieu, que, si la ratification de l'accord échoue définitivement, l'application provisoire devra et sera dénoncée.

Concernant l'application provisoire de l'accord, les requérants dénoncent l'incertitude qu'elle génère. Elle est couverte par l'article 30.7 de l'accord qui prévoit la possibilité d'appliquer provisoirement l'accord selon certaines conditions, tout en laissant une place déterminante aux États et qui permet, par ailleurs et surtout, à l'un d'entre eux, de mettre fin à cette application provisoire. En d'autres termes, les États gardent la maîtrise de l'application provisoire du traité. La difficulté mise en évidence par les requérants réside dans le fait qu'un État, et, en l'occurrence,

55. Cons. 48.

56. Cons. 49.

57. Ce qui en l'occurrence apparaît comme un pouvoir considérable confié au comité, dénoncé d'ailleurs en introduction de la lettre de saisine de députés.

58. Le Conseil, sur proposition de la Commission ou du haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, adopte une décision sur la suspension de l'application d'un accord et établissant les positions à prendre au nom de l'Union dans une instance créée par un accord, lorsque cette instance est appelée à adopter des actes ayant des effets juridiques, à l'exception des actes complétant ou modifiant le cadre institutionnel de l'accord.

un État autre que la France, peut seul mettre fin à l'application provisoire et ainsi générer une incertitude quant à l'application de l'accord. Les députés dénoncent également, sans que cette question ne soit reprise ni évoquée ensuite par le Conseil constitutionnel, l'incertitude autour de la signification du terme « Partie » dans l'accord⁵⁹.

Le Conseil souligne que l'application provisoire ne concerne ni les compétences partagées entre l'Union et les États membres ni les compétences exclusives des États. De plus, en vertu de la déclaration n° 20 du Conseil du 14 janvier 2017, si la ratification de l'accord « échoue de façon définitive en raison d'une décision prononcée par une Cour constitutionnelle, ou à la suite de l'aboutissement d'un autre processus constitutionnel et d'une notification officielle par le gouvernement de l'État concerné, l'application provisoire devra être et sera dénoncée. Les dispositions nécessaires seront prises conformément aux procédures de l'Union européenne ». L'échec d'une procédure de ratification permet ainsi d'interrompre l'application provisoire. Ces deux éléments suffisent au Conseil constitutionnel pour rejeter le grief tiré de l'atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale.

Le premier d'entre eux appelle un commentaire. Selon les principes d'exercice du contrôle posés par le Conseil constitutionnel, seuls les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France sont opposables aux stipulations de l'accord renvoyant aux compétences exclusives de l'Union. Si l'application provisoire ne concerne que ce type de compétences, alors l'atteinte aux conditions essentielles n'était pas un grief valable, à moins que ces conditions ne soient elles-mêmes considérées comme relevant de l'identité de la France, ce qui n'est pas déductible de l'exposé des normes de référence du contrôle comme de l'usage des conditions essentielles dans le reste de la décision. Il est donc pour le moins surprenant que les conditions essentielles soient retenues comme norme de référence de contrôle de ces stipulations.

Sur le second argument, la fin de l'application provisoire en cas d'échec définitif de la procédure de ratification, il convient de savoir si cette situation est celle qui est envisagée plus généralement par le C du 3 de l'article 30.7 qui prévoit qu'une partie peut mettre fin à l'application provisoire. Autrement dit, la déclaration illustre-t-elle de manière exhaustive tous les cas susceptibles d'entrer dans la catégorie générale ouverte par la stipulation de l'accord ? Il ne semble pas que ce soit le cas alors que cette stipulation prévoit une compétence générique pour une partie de mettre fin à l'application provisoire quand la déclaration renvoie à un échec définitif de la procédure de ratification. Aussi, arguer de la déclaration pour écarter le grief opposé à l'encontre de la stipulation,

59. Voir la lettre de saisine § 5.1.

n'est-il pas totalement convaincant. En dehors de l'échec définitif d'une procédure de ratification, un État peut toujours mettre fin à l'application provisoire de l'accord. Il n'y a pas plus de certitude dans la déclaration qu'il n'y en a de la stipulation de l'accord.

L'apport de la décision ne se révèle incontestablement pas dans ce qui aura occupé ici la majorité du commentaire. La portée de la décision se situe dans le détail. Quel avenir désormais pour les règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France ?

Xavier Magnon

Décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017, M. François G. [Accès aux archives publiques émanant du président de la République, du Premier ministre et des autres membres du Gouvernement]

*LA CONSÉCRATION D'UN DROIT D'ACCÈS AUX DOCUMENTS
D'ARCHIVES PUBLIQUES*

« Il n'y a pas de République sans archives » notamment parce qu'elles permettent « aux citoyens d'exercer leurs droits en mettant à leur disposition les documents administratifs et judiciaires qui les concernent personnellement ou qui les intéressent collectivement, dans le cadre d'une transparence qui est considérée aujourd'hui comme une condition de la démocratie »⁶⁰. Cette mise à disposition des archives, défendue par le Professeur Braibant, sous-tend un droit d'accès au cœur de la décision n° 2017-655 QPC du 15 septembre 2017 rendue par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 28 juin 2017 par le Conseil d'État d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 213-4 du code du patrimoine, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives. Cet article concerne les modalités du versement des documents d'archives publiques émanant du président de la République, du Premier ministre et des autres membres du gouvernement. Les archives publiques des autorités politiques ne sont pas soumises au principe de libre communication, leur accès est régi par des délais spéciaux en vertu de l'article L. 213-2 C. patr. En outre, elles bénéficient d'un statut spécial permettant la conclusion, entre la partie versante et l'administration des archives, d'un protocole relatif aux conditions de traitement, de conservation, de valorisation ou de communication du fonds versé, pendant la durée des délais susvisés.

60. G. Braibant, « Les Archives en France : rapport au Premier ministre », *La Documentation française*, 1996, p. 9.

Cela étant, l'accord du signataire du protocole est requis pour autoriser la consultation ou l'ouverture anticipée du fonds y compris en ce qui concerne les documents d'archives publiques versés antérieurement à la publication de la loi susvisée conformément à l'article déferé au Conseil constitutionnel.

À l'origine des faits de l'espèce, une demande avait été déposée auprès du directeur des archives de France aux fins de la communication de documents issus des archives de la présidence de François Mitterrand, concernant la politique de la France à l'égard du Rwanda entre 1990 et 1995. Cette consultation anticipée et donc dérogoire devait toutefois être soumise à l'autorisation du mandataire des archives du Président Mitterrand ; celui-ci autorisa l'accès à une partie des documents rejetant, pour le reste, la demande. La ministre de la Culture et de la communication rendit (le 7 décembre 2015) un avis conforme. Le requérant contesta cette décision ministérielle de refus devant le Tribunal administratif de Paris et, à l'occasion de l'instance, il souleva une QPC portant sur l'article L. 213-4 C. patr. Les juges de première instance transmirent la question au Conseil d'État qui estima également, eu égard notamment au caractère sérieux de la question, qu'il y avait lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel par une décision de renvoi du 28 juin 2017.

Le requérant soutenait que la disposition méconnaissait le droit d'accès aux archives publiques, qui serait le corollaire nécessaire de l'article 15 de la DDHC selon lequel « La Société a le droit de demander compte à tout Agent public de son administration », au motif qu'elle conférerait au mandataire le pouvoir de s'opposer, seul et sans explication, au droit des citoyens. Il invoquait également la méconnaissance du droit du public à recevoir des informations, qui découlerait du droit à la libre communication des pensées et des opinions garantis à l'article 11 de la DDHC, ainsi que la violation du droit à un recours juridictionnel effectif protégé par l'article 16 de la Déclaration. Ces moyens sont particulièrement audacieux parce qu'ils invitent le Conseil constitutionnel à reconnaître deux droits constitutionnels qui ne figurent pas expressément dans la Constitution.

Sur la forme, notons que le commentaire de la décision mentionne que le Conseil constitutionnel devait, en raison d'un cas de force majeure, déroger au *quorum* prévu par l'article 4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958. La formation de jugement comptait seulement six conseillers au lieu des sept requis. Le commentaire permet de faire lumière sur les questions laissées en suspens par la décision sans pour autant motiver la force majeure invoquée en l'espèce.

Sur le fond, le Conseil constitutionnel rejeta par une motivation sommaire les griefs relatifs à la méconnaissance des articles 11 et 16 de la DDHC. La méconnaissance de l'article 15 de la DDHC constitue l'intérêt

principal de la décision. En effet, par un paragraphe de principe inédit, le Conseil constitutionnel procède à la première application du droit de demander compte à tout agent public de son administration inscrit à l'article 15 DDHC, lorsqu'il reconnaît sur ce fondement un « droit d'accès aux documents d'archives publiques » (A). Pour autant, ce droit n'est pas, à l'instar des autres droits fondamentaux, absolu (B) ; des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou à l'intérêt général sont susceptibles d'être apportées par le législateur, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

A – L'APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT DE DEMANDER DES COMPTES AUX AGENTS PUBLICS

Pour la première fois, le Conseil constitutionnel procède, par la voie de la concrétisation (1), à l'application effective de l'article 15 DDHC en garantissant un droit d'accès aux documents d'archives publiques (2).

1 – La concrétisation inédite du droit garanti à l'article 15 DDHC

Pour certains membres de l'Assemblée nationale de 1789, l'article 15 de la Déclaration conférait un « droit du citoyen » : « La responsabilité des agents du pouvoir exécutif est un droit acquis au citoyen. Chaque citoyen a le droit de leur demander des comptes⁶¹. » Pourtant, jusqu'à récemment, et ce malgré la formule selon laquelle « la société a le droit » inscrite à l'article 15 de la DDHC, ce dernier ne pouvait pas être invoqué dans le cadre de la QPC. Il était possible de lire dans les commentaires du code constitutionnel que cet article ne garantissait aucun droit ou liberté constitutionnelle⁶². Il renfermerait seulement un principe procédant d'une idée de « bien commun⁶³ », visant à garantir les droits du citoyen. Il aurait échoué à fonder la responsabilité des agents publics. Or, le fait de rendre des comptes ne renvoie pas exclusivement à la responsabilité. Ce droit peut s'exercer sous la forme d'un contrôle ; à cet égard, il constitue

61. De Boisgelin, le 27 août 1789, *Archives parlementaires*, t. VIII, p. 488.

62. M. Lascombe, « Article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 », in *Code constitutionnel et des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 2012, p. 186.

63. L. Richet, « Article 15 », in G. Conac, M. Debene, G. Teboul (Dir.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, Paris, Economica, 1993, p. 319.

Dans ce sens, l'article 15 de la DDHC est l'un des fondements, avec l'article 12 et 16 de la DDHC de l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice (par exemple : CC, n° 2012-235 QPC du 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'actions sur la psychiatrie (Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement)*, cons. 17), et de l'exigence de bon emploi des deniers publics avec l'article 14 DDHC (CC, n° 2009-575 DC du 12 février 2009, *Loi pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*, cons. 4).

une base constitutionnelle sur laquelle peuvent se fonder les différents contrôles opérés par les juridictions financières. Il pouvait également signifier que « le peuple a le droit de connaître toutes les opérations de ses mandataires ; ils doivent lui rendre un compte fidèle de leur gestion⁶⁴ ». La généralité de la formulation retenue dévoile en effet des possibilités interprétatives variées⁶⁵ nécessitant une concrétisation de la norme de manière à devenir opérante. La concrétisation renvoie à la « détermination des règles implicites qu'ils (les principes) entraînent⁶⁶ » ; elle suppose d'interpréter la disposition, c'est-à-dire de déterminer sa signification, ce qui implique, au regard de l'indétermination de la norme, de choisir entre les lectures possibles de la disposition⁶⁷.

À l'occasion de la décision n° 2015-471 QPC⁶⁸, le Conseil constitutionnel franchit une première étape en considérant que les exigences qui découlent de l'article 15 de la Déclaration ne sont pas susceptibles de s'appliquer aux règles d'organisation d'un scrutin. La recevabilité du moyen de constitutionnalité suppose ainsi que le droit garanti à l'article 15 DDHC appartient à la catégorie des droits et libertés que la Constitution garantit. En sus de la normativité fortement attendue dudit article, le Conseil constitutionnel le désolidarise des questions budgétaires. Il ouvre ainsi la voie de la reconnaissance d'une norme générale de contrôle de l'activité administrative. En ce sens, cette clarification conférerait aux plaideurs la possibilité de co-déterminer les exigences constitutionnelles découlant de l'article 15 de la Déclaration⁶⁹.

Cette possibilité a été saisie par le plaideur à l'origine de la QPC lorsqu'il invoque la méconnaissance d'un droit d'accès aux documents d'archives publiques, qu'il qualifie de « corollaire nécessaire » du droit de demander compte à un agent public prévu à l'article 15 DDHC. En retour, le Conseil constitutionnel reconnaît de manière inédite le droit d'accès aux documents d'archives publiques clarifiant le sens de l'article 15 de la DDHC.

64. Projet de déclaration de Robespierre, art. 34, 24 avril 1793, (A. P., t. 63, p. 199). Cité par L. Richet, « Article 15 », *op. cit.*, p. 323.

65. Ces *possibilités interprétatives* font référence à la « pensée du possible » de Peter Häberle. P. Häberle, trad. M. Roffi, *L'État constitutionnel*, Paris, Economica, 2004, p. 48-54.

66. R. Guastini, « Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique », in S. Caudal (dir.), *Les principes en droit, op. cit.*, p. 117.

67. Cette étape est également dénommée la spécification selon Monsieur Dyevre de manière à distinguer la stricte interprétation de la concrétisation, correspondant à l'ensemble de ces étapes. A. Dyevre, « Comprendre et analyser l'activité décisionnelle des cours et des tribunaux : l'intérêt de la distinction entre interprétation et concrétisation », *Jus Politicum*, n° 4, 2010, p. 13-16.

68. CC, n° 2015-471 QPC du 29 mai 2015, Mme Nathalie K.-M. (Délibérations à scrutin secret du conseil municipal), cons. 7 et 8.

69. L. Griffaton-Sonnet, « Invocabilité du droit de demander compte à tout agent public de son administration à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité », *RFDC*, mars 2016, n° 105, 148.

2 – La reconnaissance d'un droit d'accès aux documents d'archives publiques

À l'heure de la recherche de la transparence, le Conseil constitutionnel reconnaît sur la base de l'article 15 de la DDHC le droit d'accéder aux documents d'archives publiques. Ce droit fondamental s'inscrit dans le sens de l'évolution des exigences actuelles de transparence de l'administration et de l'intérêt croissant manifesté pour la consultation des archives⁷⁰. Il permet ainsi la prise de connaissance des documents d'archives publiques à travers une consultation de ces derniers. Le Conseil constitutionnel se garde néanmoins de préciser l'étendue de ce droit fondamental.

Tout d'abord, cette recherche commande de s'intéresser aux titulaires du droit de demander de rendre des comptes attribués à « la société » en application de l'article 15 de la DDHC. S'agissant de la société, les expressions de « peuple français », « membres du corps social » et « citoyens », auxquelles renvoie la Déclaration, permettent de présupposer de l'ouverture de ce droit. À cet égard, la législation relative aux archives publiques mentionne « les personnes qui en font la demande ». Le silence du Conseil constitutionnel pourrait dès lors s'interpréter comme une volonté de conserver l'ouverture de ce droit d'accès préconisée par la Déclaration telle qu'elle a été interprétée par le législateur. Ce droit serait dès lors ouvert à « toutes personnes » qu'elles soient physiques ou morales.

Ensuite, il est primordial de déterminer l'objet de ce droit d'accès. À cet égard, la référence expresse aux documents d'archives publiques semble exclure *de facto* ceux d'archives privées. Les secondes regroupent l'ensemble des documents qui n'entrent pas dans le champ d'application des archives publiques (art. L. 211-5 C. patr). Les premières sont définies comme « l'ensemble des documents, y compris les données, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support [...] » (art. L. 211-1 C. patr) qui procèdent « de l'activité de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics et des autres personnes morales de droit public », « de la gestion d'un service public ou de l'exercice d'une mission de service public par des personnes de droit privé » ainsi que « les minutes et répertoires des officiers publics ou ministériels et les registres de conventions notariées de pacte civil de solidarité » (Article L. 211-4 C. patr). Cette définition, particulièrement large, permet d'inclure l'ensemble des supports matériels comme numériques. Elle présume également qu'un « document naît archive dès sa production, c'est le contexte dans lequel il a été produit qui lui confère le caractère d'archive⁷¹ ». En outre, les producteurs d'archives répondent

70. Rapport, F. Calvet, AN n° 810, p. 7.

71. S. Monnier, « La réforme du droit des archives. À propos de la loi du 15 juillet 2008 », *Droit administratif*, 2008, n° 11, § 5.

à plusieurs catégories selon un critère organique, mais également un critère matériel : la gestion d'un service public. La formule « procédant de l'activité de l'État » désigne ainsi les autorités politiques telles que le président de la République, le Premier ministre et les membres du gouvernement. À cet effet, le Conseil constitutionnel a précisé, à l'occasion de la décision n° 2016-599 QPC⁷², que la notion d'agent public inclut, conformément à la volonté des auteurs de la Déclaration de 1789, les élus et les membres du pouvoir exécutif.

Enfin, la reconnaissance de ce droit d'accès implique également que le Conseil constitutionnel n'a pas suivi l'argumentation du Premier ministre selon laquelle « le droit de la société de demander compte à tout agent public de son administration ne saurait être regardé comme conférant à toute personne un droit d'accéder aux archives de ces personnes qui ne participent plus de "l'administration" ». Accréditer une telle argumentation reviendrait à occulter l'une des missions principales des archives : la conservation. Dès lors, cette exigence d'accès ne saurait s'éteindre du seul fait que l'agent public n'exerce plus son mandat ou ses fonctions. D'ailleurs, les documents versés aux archives sont précisément relatifs à la période où l'agent exerçait son mandat ou ses fonctions.

Le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas pour autant un droit d'accéder librement aux documents d'archives publiques. Il n'entend pas constitutionnaliser le principe de libre communication des archives publiques consacré par la loi du 15 juillet 2008. En effet, il est loisible au législateur d'apporter des limitations à ce droit, ce qui marque une volonté de mesurer la portée de ce droit constitutionnel.

B – LA PORTÉE RELATIVE DU DROIT DE DEMANDER DES COMPTES AUX AGENTS PUBLICS

À l'instar des droits et libertés garantis par la Constitution, le droit d'accès aux documents d'archives publiques n'est pas absolu (1). Le Conseil constitutionnel s'emploie à garantir un équilibre entre l'ensemble des intérêts en présence sans pour autant neutraliser des virtualités interprétatives de l'article 15 de la Déclaration (2).

1 – Les limitations apportées au droit d'accès aux documents d'archives publiques

De manière classique le Conseil constitutionnel a précisé « qu'il est loisible au législateur d'apporter à ce droit des limitations liées à des

72. CC, n° 2016-599 QPC du 2 décembre 2016, Mme Sandrine A. (Personnes justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière), § 12.

exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». Il procède à l'examen de la disposition déferée à l'aune du principe ainsi posé. Celle-ci concernait les modalités d'accès aux documents d'archives publiques procédant du président de la République, du Premier ministre, des membres du gouvernement et de leur cabinet.

Pour rappel, la consultation de ces documents bénéficie d'un statut particulier : ils sont communicables de plein droit à l'expiration des délais énoncés à l'article L. 213-2 C. patr, notamment soixante ans pour les documents qui contiennent des informations mettant en cause la vie privée ou intéressant la sûreté de l'État ou la défense nationale et dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État. En outre, le versement des documents d'archives publiques peut être assorti de la signature entre la partie versante et l'administration des archives d'un protocole relatif aux conditions de traitement, de conservation, de valorisation ou de communication du fonds versé, pendant la durée desdits délais, en vertu de l'article L. 213-4 C. patr. Cette pratique de la signature des protocoles de remise, inaugurée par le Président Giscard d'Estaing, permet aux autorités politiques de contrôler l'accès à ces documents pendant la période où ils ne sont pas librement communicables. Autrement dit, toute communication à une tierce personne est soumise à son consentement ou à celui du mandataire qu'elle a désigné, y compris pour les documents d'archives publiques versés antérieurement à la publication de la loi n° 2008-696.

Le requérant soutenait que ces dispositions confèreraient au mandataire un droit exclusif d'autoriser, de façon discrétionnaire, la divulgation anticipée des documents, c'est-à-dire un pouvoir de s'opposer seul et sans explications au droit des citoyens d'accéder librement aux documents d'archives publiques.

Le Conseil constitutionnel soutient en revanche qu'au regard des « travaux parlementaires [...] le législateur a entendu, en les plaçant sous le contrôle des intéressés, accorder une protection particulière à ces archives, qui peuvent comporter des informations susceptibles de relever du secret des délibérations du pouvoir exécutif et, ainsi, favoriser la conservation et le versement de ces documents. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général ». L'un des objectifs poursuivis par le législateur était de « faciliter la collecte des archives publiques et éviter leur détournement⁷³ ». À cet effet, la question du versement des archives des personnalités politiques est l'un des principaux problèmes pour l'enrichissement des fonds d'archives. Une application du droit commun impliquait pour ces responsables politiques la perte de l'accès à leur archive et du contrôle sur l'accès de tierces personnes à ces

73. Rapport, F. Calvet, *op. cit.*

documents, au profit de l'administration des archives. Ce système s'avérait manifestement inadapté à ce type d'archives particulièrement sensibles. D'une part, « l'absence de garantie de confidentialité des documents versés peut dissuader les responsables politiques de transmettre leurs documents à l'administration, par crainte d'une utilisation polémique à des fins politiques⁷⁴ ». Par ailleurs, ces archives conservent une utilité pratique pour ces personnalités politiques qui peuvent avoir besoin d'utiliser leurs archives pour poursuivre leur activité politique ou professionnelle, par exemple pour justifier leur action, ou pour rédiger leurs mémoires⁷⁵. De la sorte, les protocoles de remise ont été légalisés afin d'inciter les responsables politiques à verser l'intégralité de leurs archives publiques aux archives nationales. Cette légalisation permet en effet de concilier d'un côté les exigences de conservation et de pérennité de ces archives et, d'un autre côté, la volonté revendiquée par les responsables politiques de conserver pendant une certaine durée un accès permanent à ces documents et un contrôle sur cet accès⁷⁶. L'intérêt général serait constitué par le fait de favoriser le versement et la conservation de ces documents, ce que seul un statut particulier était à même de garantir. Le fait que les documents d'archives publiques ne soient plus en l'espèce « classés défense » n'a pas d'incidence sur la nécessaire protection particulière accordée à ces documents d'archives publiques.

Le Conseil constitutionnel ne manque pas d'examiner la proportionnalité de cette restriction avec l'objectif poursuivi par le législateur. À ce titre, il souligne la limite dans le temps de la restriction puisque pour les protocoles relatifs aux archives versées après la publication de la loi du 15 juillet 2008, elle cesse d'une part « de plein droit d'avoir effet lors du décès de leur signataire et, en tout état de cause, pour les documents relevant de l'article L. 213-2 C. patr., à l'expiration des délais fixés par cet article ». D'autre part, « les clauses relatives à la faculté d'opposition du mandataire figurant dans les protocoles régissant les archives versées avant cette même publication cessent d'être applicables vingt-cinq ans après le décès du signataire » (§ 8). Cela étant, le droit d'accès des documents des archives publiques ne garantit pas que les agents publics rendent compte de leur vivant. En revanche, « elles assurent l'accès pour l'histoire et les collaborateurs encore vivants du principal intéressé », à la lecture du commentaire officiel de la décision. Le Conseil constitutionnel écarte donc le grief relatif à la méconnaissance de l'article 15 de la DDHC. Il n'en demeure pas moins que la reconnaissance de ce droit fondamental met en exergue des virtualités interprétatives dudit article demandant à être exploitées.

74. Rapport, F. Calvet, *op. cit.*, p. 62. Ces arguments étaient également soutenus par le Professeur Braibant. G. Braibant, *op. cit.*, p. 13.

75. *Ibidem.*

76. P. Gonod, « La réforme des archives : une occasion manqué », *AJDA*, 2008, p. 1599.

2 – Des virtualités interprétatives à exploiter

Ce droit fondamental emporte une accessibilité d'une partie de l'information des agents publics. Au regard de la conception large retenue de la notion « d'agent public », la question se pose des virtualités interprétatives contenues dans l'article 15 de la Déclaration non encore exploitées. Certes, le Conseil constitutionnel a visé expressément un droit d'accès aux documents d'archives publiques, mais n'est-il pas tenu par les questions soulevées ? Or, celles-ci concernaient exclusivement les documents d'archives publiques. Pourtant, concrétiser le « droit de demander compte à tout Agent public de son administration » par un « droit d'accès » devrait emporter un droit d'accès à la documentation prise par tout agent public de son administration. Or, cette documentation paraît concerner l'ensemble des documents administratifs. Il semble dès lors que l'article 15 de la DDHC pourrait renfermer un droit d'accès aux documents administratifs. Cette possibilité a été décriée par la majorité de la doctrine selon laquelle ce droit d'accès aurait été institué par la loi du 17 juillet 1978. L'intervention du Conseil constitutionnel pourrait cependant inciter les plaideurs à se prévaloir de ce droit et, le cas échéant, donner plein effet à l'article 15 de la DDHC. Il appartiendra au Conseil de déterminer la teneur de ce droit d'accès.

En revanche, le Conseil constitutionnel refuse de reconnaître un droit général du public à recevoir l'information sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration, lorsqu'il affirme que ces modalités de communication « ne portent pas d'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789 » (§ 10). Cela ne signifie pas que le droit à la libre communication des pensées et des opinions ne bénéficie pas au récepteur de l'information, mais que la Constitution ne renferme pas un « droit général des citoyens à pouvoir accéder à tout type d'informations et à obtenir la communication de tout document », selon le commentaire officiel de la décision. En ce sens, le Conseil constitutionnel n'a pas saisi l'occasion de se prévaloir des arrêts de la Cour EDH⁷⁷, rattachant la recherche de la vérité historique à la liberté d'expression, comme l'y invitait le requérant. La décision a néanmoins le mérite d'assurer une application effective du droit garanti à l'article 15 DDHC.

Tatiana Disperati

77. Voir CEDH, sect. II, 14 septembre 2010, *Dink c. Turquie*, § 135.

II – CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE QPC EN MATIÈRE PÉNALE

1^{er} avril 2017 – 30 septembre 2017
par Nicolas Catelan et Jean-Baptiste Perrier

Après plusieurs années d'existence, la place prise par la question prioritaire de constitutionnalité dans le paysage procédural répressif ne fait plus aucun doute : l'ensemble de la matière pénale, c'est-à-dire l'infraction (A), la procédure (B) et les sanctions (C), fait en effet l'objet de nombreuses questions, conduisant le Conseil constitutionnel tantôt à rappeler sa jurisprudence et les précisions déjà apportées, tantôt à adapter ses exigences aux évolutions du droit pénal. À cet égard, les questions à venir concernant la loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme et les décisions rendues devront être lues avec attention, tant que ce texte conduit à placer les principes du droit constitutionnel pénal hors du champ de la prévention administrative.

A – L'INFRACTION

Décision n° 2017-639 QPC du 23 juin 2017, Mme Yamina B. [Amende sanctionnant le fait d'omettre sciemment de déclarer une part substantielle de son patrimoine]

LA NON-EXHAUSTIVITÉ DE LA LOI PÉNALE

Saisi par la chambre criminelle⁷⁸ d'une question portant sur la conformité à la Constitution de l'article 5-1, I, de la loi du 11 mars 1988⁷⁹, dans sa rédaction issue de la loi relative à la transparence financière de la vie politique du 14 avril 2011⁸⁰, et avant sa suppression par la loi du 11 octobre 2013⁸¹, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion, une nouvelle fois, de rappeler sa jurisprudence relative au principe de légalité, lequel n'est pas une exigence d'exhaustivité.

La disposition contestée sanctionnait le fait, pour les membres du Gouvernement et pour certains élus⁸², d'omettre sciemment de déclarer une part substantielle de leur patrimoine ou d'en fournir une évaluation mensongère qui portait atteinte à la sincérité de la déclaration et à la

78. Cass. crim. 25 avril 2017, n° 16-86.475.

79. Loi n° 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique.

80. Loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique.

81. Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

82. Selon les listes établies alors par les articles 1^{er} et 2 de la loi n° 88-227 du 11 mars 1988.

possibilité pour, ce qui était à l'époque, la Commission de la transparence financière de la vie politique d'exercer sa mission. Depuis la loi du 14 avril 2011 et jusqu'aux lois du 11 octobre 2013, un tel fait d'omission de déclaration d'une part substantielle du patrimoine était puni de 30 000 euros d'amende, ainsi que de l'interdiction des droits civiques et l'interdiction d'exercer une fonction publique.

Or, selon la requérante, la référence à « une part substantielle » du patrimoine non déclarée serait imprécise et elle méconnaîtrait le principe de légalité, en ce qu'elle ne permettrait pas de déterminer l'élément constitutif de l'infraction. Toute la question posée au Conseil était donc de savoir si cette référence était ou non suffisamment précise ; le Conseil répond par la positive. Selon lui, en faisant référence à une « part substantielle » du patrimoine, « les dispositions contestées répriment les seules omissions significatives, au regard du montant omis ou de son importance dans le patrimoine considéré »⁸³. L'on pourrait considérer que la référence à l'omission significative n'est pas plus précise que la référence à la part substantielle, mais le Conseil indique immédiatement que, plus qu'une exigence d'exhaustivité, le principe de légalité implique une absence d'équivoque. En effet, « s'il appartient aux juridictions compétentes d'apprécier les situations de fait correspondant à l'omission d'une "part substantielle" de patrimoine, ces termes, qui ne revêtent pas un caractère équivoque, sont suffisamment précis pour garantir contre le risque d'arbitraire⁸⁴ ». Le texte ne méconnaît donc pas le principe de légalité des délits et des peines.

La décision du Conseil constitutionnel est tout à fait opportune, en ce qu'elle rappelle que le principe de légalité ne signifie pas que la loi doit dresser une liste exhaustive des comportements incriminés. La loi doit être suffisamment précise pour permettre au juge, qui prononce les paroles de la loi, de l'interpréter sans risque d'arbitraire⁸⁵ et cette prérogative reconnue (ou laissée) au juge ne méconnaît pas le principe de légalité des délits et des peines. La chambre criminelle de la Cour de cassation a, à de nombreuses reprises, refusé de renvoyer les questions soulevant l'imprécision de la loi pénale et donc la méconnaissance du principe de légalité⁸⁶, dès lors que les précisions apportées par le texte

83. CC, décis. n° 2017-639, 23 juin 2017, § 6.

84. *Ibid.*

85. V. déjà dans le même sens, CC, décis. n° 2014-448 QPC, 6 fév. 2015, M. Claude A., cons. n° 5 ; RSC 2015, p. 86, obs. Y. Mayaud ; AJ Pénal 2015, p. 248, obs. E. Dreyer ; RFDC, 2015, p. 705, nos obs. CC, décis. n° 2017-625 QPC, 7 avril 2017, M. Amadou S., § 6, D. 2017, p. 1134, obs. Y. Mayaud ; *ibid.* 2017, p. 1180, note N. Catelan et J.-B. Perrier ; cette chronique, obs. N. Catelan.

86. Cass. crim. 6 juin 2012, n° 12-90.016, concernant la définition du délit d'enregistrement et de fixation d'images ou de représentations pornographiques de mineurs ; 28 sept. 2012, n° 10-90.096, concernant la diffusion de l'image d'une personne faisant apparaître

sont suffisantes pour lui permettre de l'interpréter. Ce faisant, la Cour assume son rôle d'interprète de la loi pénale, laquelle ne peut énumérer tous les comportements relevant du texte d'incrimination mais doit permettre au juge de qualifier les faits.

Le Conseil constitutionnel adopte la même position et il avait d'ailleurs eu l'occasion de valider la formulation critiquée, notamment dans les décisions rendues concernant les lois du 11 octobre 2013. La loi organique n° 2013-906 et la loi ordinaire n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique ont, certes, apporté quelques précisions quant aux éléments sur lesquels doit porter la déclaration faite à la nouvelle Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, mais les sanctions pénales prévues portent sur les mêmes faits. L'article 26 de la loi ordinaire incrimine le fait, pour les personnes soumises à ces obligations de déclarations, « de ne pas déposer l'une des déclarations prévues [...], d'omettre de déclarer une partie substantielle de son patrimoine ou de ses intérêts ou de fournir une évaluation mensongère de son patrimoine » ; les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende et certaines peines complémentaires peuvent également être prononcées. Si les sanctions sont aggravées, la définition de l'infraction reste la même en ce qu'elle continue de viser l'omission de déclarer « une partie substantielle de son patrimoine⁸⁷ ». Or, dans ses décisions du 9 octobre 2013, le Conseil constitutionnel a expressément déclaré ce texte conforme à la Constitution⁸⁸ ; il vient ici fort logiquement appliquer ce même raisonnement à la version antérieure du texte.

La décision du 23 juin 2017 n'est donc que le rappel des contours du principe de légalité des délits et des peines et d'une solution déjà posée à de nombreuses reprises.

Jean-Baptiste Perrier

qu'elle est placée en détention provisoire ; 21 août 2013, n° 13-90021, concernant le délit de recours à la prostitution de mineurs ; 24 sept. 2013 n° 12-87.059, concernant l'article 121-3, alinéa 4 du code pénal ; 7 janv. 2014, n° 13-82.514, concernant la contrefaçon ou la falsification de chèque ; 21 janv. 2014, n° 13-90.035, concernant l'obstacle au contrôle des agents de la DGCCRF ; 11 mars 2014, n° 13-82.917, concernant le fait de porter atteinte à la sincérité du scrutin ; 22 juin 2016, n° 16-90.012, concernant le proxénétisme.

87. L'on note simplement le remplacement du terme « part » par le terme « partie ».

88. CC, décis. n° 2013-675 DC, cons. n° 26 à 30 ; CC, décis. n° 2013-676 DC, cons. n° 36, 57 et 63 ; *v.* déjà, CC, décis. 2011-628 DC du 12 avril 2011 et CC, décis. 2016-732 DC du 28 juil. 2016.

Décision n° 2017-625 QPC du 7 avril 2017, M. Amadou S. [Entreprise individuelle terroriste]⁸⁹*L'OBSCURE CLARTÉ DE L'ENTREPRISE INDIVIDUELLE TERRORISTE*

Esprit tourmenté. L'année 2017 aura été une année importante quant à l'appréhension prétorienne du terrorisme. Si au cours des dernières années le législateur a multiplié à l'envi les normes, les magistrats restaient quelque peu en retrait, livrant peu d'indications quant à la réception des nombreux et nouveaux textes. Après l'utile précision de l'intention terroriste en janvier par la Cour de cassation⁹⁰, et l'abrogation de la consultation habituelle de site internet terroriste⁹¹, le Conseil fut appelé à se prononcer sur l'entreprise individuelle terroriste incriminée⁹² à l'article 421-2-6 du Code pénal.

La *ratio legis* de ce texte est aisée à comprendre. Après les attentats de Toulouse et l'attaque du musée juif de Bruxelles, on a pu croire que ces actes avaient été le fait de loups solitaires. Loups solitaires que l'association terroriste de malfaiteurs ne permettrait de retenir dans les liens de la prévention avant tout passage à l'acte. D'où la nécessité d'incriminer un processus individuel de radicalisation violente en incriminant toujours plus en amont sur l'*iter criminis*. Les actes préparatoires impunis au titre de la tentative le deviennent alors par le truchement d'infractions autonomes tentant de prendre en considération la dangerosité d'un individu flirtant de trop près avec une idéologie inspirée par la terreur. Infraction obstacle par nature, l'entreprise individuelle terroriste vise à réprimer, avant le passage à l'acte, le terroriste esseulé, auto-radicalisé...

Sur le papier, la perspective apparaissait simple. En pratique incriminer de simples actes préparatoires sans basculer dans la répression d'actes anodins ou équivoques est évidemment complexe. La structure de l'article 421-2-6 le prouve. Rarement incrimination n'est apparue aussi amphigourique. Et l'éclairage donné par le Conseil quant à sa constitutionnalité ne permet de dissiper toutes les incertitudes.

89. *Dalloz actu.*, 19 avr. 2017, obs. D. Goetz ; *D.* 2017, p. 1180, obs. N. Catelan et J.-B. Perrier ; *ibid.* Point de vue, obs. Y. Mayaud.

90. Crim. 10 janv. 2017, n° 16-84.596 P : *Dalloz actu.*, 2 févr. 2017, obs. André ; *AJ pénal* 2017, p. 79, obs. J. Alix ; *Dr. pénal* 2017, comm. n° 35, obs. Ph. Conte.

91. CC, décis. n° 2016-611-QPC du 10 février 2017, *AJ pénal* 2017, p. 237, obs. J. Alix ; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 289, obs. M. Quémener ; cette Revue, p. 713 *sq.*, nos obs.

92. Loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme ; *RSC* 2015. 425, nos obs. ; V. S. Detraz, « Le délit de préparation d'une infraction en lien avec une entreprise individuelle terroriste », *Gaz. Pal.* 2015, n° 55 ; J. Alix, « Réprimer la participation au terrorisme », *RSC* 2014. 849.

Lettre nébuleuse. Concernant les comportements incriminés, un premier élément est nécessaire : détenir, « rechercher », se procurer ou fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui. Le second élément matériel peut cette fois-ci être choisi dans la liste suivante :

« a) Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes ;

« b) S'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ;

« c) Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ;

« d) Avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes. »

Enfin, ces comportements dangereux doivent avoir pour finalité de commettre :

- soit des atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, l'enlèvement et la séquestration ainsi que le détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport, définis par le livre II du Code pénal (art. 421-1, 1^o) ;
- soit des vols, extorsions, destructions, dégradations et détériorations, ainsi que les infractions en matière informatique définis par le livre III du Code pénal, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes
- ou encore l'introduction dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol, dans les aliments ou les composants alimentaires ou dans les eaux, y compris celles de la mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes.

Constitutionnalité impérieuse. Une QPC était logiquement attendue, la loi de 2014 n'ayant pas été soumise au Conseil. En l'espèce, le justiciable⁹³ et la Ligue des droits de l'homme estimaient que le délit d'« entreprise individuelle terroriste » méconnaissait le principe

93. Cass. crim. 25 janv. 2017, n° 16-90.030.

de légalité des délits et des peines dès lors que ses éléments constitutifs n'étaient pas précisément définis et incriminent de très nombreux comportements. Fut également convoqué le principe de nécessité des délits et des peines puisque la loi réprime des faits non nécessairement susceptibles de conduire à des actes de terrorisme, l'infraction contestée sanctionnant alors la seule intention criminelle. Enfin, l'article 421-5 assurant la répression du délit, méconnaîtrait le principe de proportionnalité des peines.

L'argument tiré de la violation du principe de clarté en raison d'une supposée imprécision des textes est rapidement balayé par le Conseil constitutionnel. Il est en effet rappelé que la notion d'entreprise individuelle terroriste a été déclarée constitutionnelle en 1986⁹⁴. Par ailleurs, les comportements prohibés, malgré la lourdeur de leur articulation, « sont également définis avec suffisamment de précision pour que les comportements incriminés soient clairement identifiables⁹⁵ ».

Nécessité et proportionnalité fastidieuses. Une fois de plus est précisé que « si la nécessité des peines attachées aux infractions relève du pouvoir d'appréciation du législateur, il incombe au Conseil constitutionnel de s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ».

À cet égard, le Conseil formule un principe des plus sains : « Le législateur ne saurait, sans méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines, réprimer la seule intention délictueuse ou criminelle⁹⁶ ». *De jure*, se trouve consacré en droit français un autre principe cher à Cesare Beccaria puisque selon lui « la vraie mesure des crimes est le tort qu'ils font à la nation et non l'intention du coupable⁹⁷ ».

Or, le Conseil observe que l'article 421-2-6 du Code pénal punit des actes préparatoires et non l'exécution ou le commencement d'exécution d'une infraction⁹⁸. Toutefois l'incrimination est limitée à la préparation d'infractions terroristes susceptibles de porter atteinte à la personne humaine⁹⁹. Les Sages ajoutent que des faits matériels doivent être constatés et une perspective terroriste démontrée. Et alors formulée une réserve en apparence salutaire : l'intention de préparer une infraction en lien avec une entreprise terroriste ne saurait être prouvée à partir des seuls faits matériels de l'infraction. Ces derniers doivent néanmoins corroborer cette intention¹⁰⁰. Le Conseil semble donc interdire que l'intention s'induisse des actes préparatoires ici élevés au rang d'éléments matériels

94. § 10.

95. § 11.

96. § 13.

97. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, chap. VII. – Erreurs dans la mesure des peines.

98. § 14.

99. § 15.

100. § 16.

de l'infraction. La matérialité, qui peut ici être assez évanescence, ne peut donc permettre de présumer l'intention délictuelle.

Une fois cette réserve faite, le Conseil en vient à censurer un acte préparatoire retenu comme élément matériel du délit. En effet, selon les Sages, en incriminant le fait de « rechercher... des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui », sans préciser les actes pouvant constituer une telle recherche dans le cadre d'une entreprise individuelle terroriste, le législateur a permis que « soient réprimés des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction »¹⁰¹.

Au regard de la réserve précédemment formulée, cette censure a de quoi étonner. Puisque l'on ne peut induire l'intention de la matérialité de l'infraction, il n'est sans doute pas grave que cette « recherche » ne matérialise pas l'intention requise, cette dernière devant être démontrée en dehors des actes préparatoires. Le groupe verbal « de rechercher » est néanmoins abrogé, le reste du dispositif étant validé. Pour ce faire, le Conseil procède par synopes. Aucun motif d'inconstitutionnalité n'est relevé mais les Sages ont estimé nécessaire de préciser que :

« Eu égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme et alors même que les dispositions contestées répriment de simples actes préparatoires à la commission d'une infraction, le reste de l'article 421-2-6, sous la réserve énoncée au paragraphe 16, ne méconnaît pas le principe de nécessité des délits et des peines¹⁰². »

Difficile dès lors de comprendre la validation constitutionnelle du dispositif attaqué : est-ce car aucune disposition constitutionnelle n'est violée, ou tout simplement car le droit pénal de l'ennemi permet des anicroches constitutionnelles ? Peu importe sans doute car l'essentiel est ailleurs : faire comprendre que « les principes ne valent que par temps calmes¹⁰³ ».

Pour conclure, le Conseil estime que la peine de 10 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende est proportionnée¹⁰⁴ sans que ne soit exposée la méthode permettant de parvenir à une telle conclusion.

La lutte contre le terrorisme connaît peu de limites... Fussent-elles constitutionnelles.

Nicolas Catelan

101. § 17.

102. § 18.

103. Pour reprendre une fois de plus la plaidoirie de Me Sureau lors de l'audience relative à la consultation de sites terroristes.

104. § 19.

B – LA PROCÉDURE

1 – L'enquête

Décision n° 2017-646/647 QPC du 21 juillet 2017, M. Alexis K. et autre [Droit de communication aux enquêteurs de l'AMF des données de connexion]*DONNÉES DE CONNEXION ET ENQUÊTEURS DE L'AMF : BIS REPETITA PLACENT*

Nouveauté. Les questions posées au Conseil constitutionnel dans le cadre de la QPC en date du 21 juillet 2017 présentaient un air de déjà-vu et ce pour deux raisons... contradictoires. Le Conseil constitutionnel a en effet validé les pouvoirs d'enquête conférés aux agents de l'ancienne COB par une décision en date du 27 décembre 2001¹⁰⁵. À l'inverse le Conseil a récemment censuré les dispositions permettant aux agents de l'Autorité de la concurrence d'obtenir la communication auprès de FAI de données de connexion¹⁰⁶. La seconde décision aurait pu amener les Sages à considérer qu'un changement de circonstances rendait la question nouvelle donc recevable. Cela n'a pas été pas nécessaire puisqu'il est observé qu'en réalité, les dispositions contestées n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution dans le dispositif de la décision rendue en 2001. À l'instar de la décision relative à la déchéance de nationalité¹⁰⁷, le Conseil estime donc que la question est recevable. Restait à apprécier la constitutionnalité d'un dispositif en sursis depuis 2015.

Les données. L'article L. 621-10 du code monétaire et financier liste certaines prérogatives d'enquête et de contrôle des agents de l'Autorité des marchés financiers. Plus précisément, l'alinéa 1^{er} dispose que « Les enquêteurs peuvent également se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de télécommunication dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et en obtenir la copie. »

Il en résulte que les agents de l'AMF peuvent se faire communiquer les données de connexion détenues par les opérateurs de communications électroniques, les fournisseurs d'accès à un service de communication au

105. CC, décis. n° 2001-457 DC du 27 déc. 2001, Loi de finances rectificative pour 2001.

106. CC, décis. n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

107. CC, décis. n° 2014-439 QPC du 23 janv. 2015, M. Ahmed S. (*Déchéance de nationalité*), cons. 5.

public en ligne ou les hébergeurs de contenu sur un tel service. Le code des postes et des communications électroniques prévoit que les données de connexion détenues par les opérateurs de communications électroniques :

« Portent exclusivement sur l'identification des personnes utilisatrices des services fournis par les opérateurs, sur les caractéristiques techniques des communications assurées par ces derniers et sur la localisation des équipements terminaux ».

Il est toutefois exclu que les données puissent porter sur les correspondances échangées ou des informations consultées dans le cadre de ces communications.

La collecte. Le Conseil estime cependant que cette communication des données de connexion « est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée¹⁰⁸ ». Or, le législateur n'a assorti la procédure en cause d'aucune garantie formelle : aucune autorité ne vient notamment contrôler l'atteinte éventuelle à la vie privée¹⁰⁹. Il en résulte que la loi n'a pas assuré une « conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions¹¹⁰ ». Ainsi formulée, la solution apparaît quelque peu elliptique. Il est possible de dépasser l'asyndète afin de rendre à la décision tout son sens. Sans permettre l'accès aux échanges, la loi permet aux agents de l'AMF d'avoir accès aux métadonnées. L'article 10 de la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle a ainsi permis l'accès à la localisation de l'utilisateur. Et les « fadettes¹¹¹ » peuvent depuis l'origine être obtenues au moyen de l'article 34-1. Tous ces éléments, en eux-mêmes et par un traitement massif des données ainsi collectées¹¹², permettent de révéler une part non négligeable de l'intimité des individus concernés. Sans contrôle judiciaire *a priori*, le droit au respect de la vie privée ressort bien trop affaibli par les dispositions attaquées. La censure apparaît en cela logique. Elle est pour autant limitée puisque le Conseil estime que « l'abrogation immédiate des dispositions contestées aurait des conséquences manifestement excessives¹¹³ ». Elle est donc reportée au 31 décembre 2018 en application de l'article 62 de Constitution.

Nicolas Catelan

108. § 9.

109. V. à cet égard CC, décis. n° 2015-713 DC du 23 juil. 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 51 et 55 à 57.

110. § 9.

111. Factures détaillées.

112. Rappelé par le commentaire aux *Cabiers*.

113. § 12.

2 – Le jugement

Décision n° 2017-645 QPC du 21 juillet 2017, M. Gérard B. [Huis clos de droit à la demande de la victime partie civile pour le jugement de certains crimes]*LA PROTECTION DE LA VICTIME ET LES DÉROGATIONS AUX PRINCIPES CONSTITUTIONNELS*

Pour assurer la dignité des débats ou pour protéger l'intimité des victimes, l'article 306 du Code de procédure pénale permet à la victime partie civile de demander le huis clos, lequel est alors de droit, pour certains crimes tels que le viol, les tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, la traite des êtres humains et le proxénétisme aggravé. Si l'on peut comprendre les raisons qui, d'une façon générale, peuvent pousser une personne à ne pas souhaiter que le public assiste aux débats à l'occasion desquels les faits dont elle a été victime seront exposés, ces raisons se comprennent d'autant plus s'agissant des infractions visées.

Une telle possibilité n'en constitue pas moins une atteinte au principe de publicité des débats, un principe « essentiel¹¹⁴ » de la procédure ; elle pourrait également être vue comme méconnaissant le principe d'égalité, en ce que seule la partie civile peut l'obtenir de droit, ou encore le principe de présomption d'innocence, en ce que la partie civile est déjà présentée comme « victime ». Tels étaient les griefs soulevés contre le texte à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation¹¹⁵ et donnant lieu à une décision de conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit.

Pour ce faire, le Conseil écarte d'abord le grief tiré de la méconnaissance du principe de publicité des débats. Les Sages rappellent que « le jugement d'une affaire pénale doit faire l'objet d'une audience publique sauf circonstances particulières nécessitant, pour un motif d'intérêt général, le huis clos¹¹⁶ ». La publicité est donc le principe¹¹⁷, le huis clos est l'exception soumise à des conditions que remplit le texte contesté. Le Conseil considère en effet que la protection de la vie privée des victimes de certains faits criminels, laquelle permet d'éviter que les victimes renoncent à dénoncer ces faits pour éviter d'être exposées, est un motif d'intérêt

114. Cass. crim. 10 juil. 1974, n° 74-09.369 ; *Bull. crim.* n° 253.

115. Cass. crim. 17 mai 2017, n° 16-86.453.

116. CC, décis. n° 2017-645 QPC, 21 juil. 2017, § 4.

117. Le Conseil constitutionnel a dégagé ce principe à l'occasion de l'examen des dispositions relatives à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, en combinant les articles 6, 8, 9 et 16 de la DDHC, CC, décis. n° 2004-492 DC du 2 mars 2004, cons. n° 117.

général ; le contexte actuel de « libération de la parole » montre bien à quel point celle-ci a pu être autocensurée et l'on comprend donc le souci du législateur de protéger la vie privée de celles et ceux qui dénonceraient de tels faits. Par ailleurs, en limitant cette possibilité aux faits criminels graves et aux débats qui affecteraient la vie privée de la victime, le législateur a défini les circonstances particulières encadrant cette exception¹¹⁸. Les critiques sont donc logiquement écartées et le Conseil rejoint ici la position retenue à l'égard des droits européens, la Cour de cassation ayant eu l'occasion de reconnaître la conventionnalité du texte¹¹⁹ et la directive du 25 octobre 2012 appelant, elle aussi, à la protection de la vie privée des victimes¹²⁰.

S'agissant ensuite du principe d'égalité, le Conseil constitutionnel rappelle que le principe peut connaître des exceptions, dès lors que « ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que [sont] assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect des droits de la défense¹²¹ ». Il s'agissait donc, ici encore, de vérifier si les conditions de l'exception étaient remplies et le Conseil considère que tel est le cas. Il rappelle en effet l'objectif poursuivi par le législateur, à savoir assurer la protection de la vie privée des victimes de certains faits criminels et « éviter que, faute d'une telle protection, celles-ci renoncent à dénoncer les faits¹²² » ; cet objectif d'intérêt général justifiait l'atteinte au principe de publicité, il légitime tout autant la différence de traitement et l'atteinte au principe d'égalité. Cet objectif d'intérêt général justifiant ainsi la distinction, le Conseil s'attache alors à vérifier que les justiciables bénéficient de garanties égales et il observe sur ce point que « cette différence de traitement ne modifie pas l'équilibre des droits des parties pendant le déroulement de l'audience et ne porte pas atteinte au respect des droits de la défense¹²³ ».

Le raisonnement ne peut, de nouveau, qu'être approuvé car l'on ne saurait envisager de priver la partie civile d'une telle possibilité, au regard

118. CC, décis. n° 2017-645 QPC, 21 juil. 2017, § 5.

119. Cass. crim. 3 avril 1996, n° 95-83.366 ; *Bull. crim.* n° 148.

120. Art. 21 de la directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil ; les mesures préconisées portent sur la diffusion publique d'information concernant les victimes. Par ailleurs, s'agissant des victimes de la traite des êtres humains, la directive du 5 avril 2011 prévoit que les États doivent veiller à ce que les victimes « bénéficient d'une protection adaptée » laquelle conduit à éviter, autant que possible « toute déposition en audience publique » (art. 12.3 et 12.4 c de la directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil).

121. CC, décis. n° 2017-645 QPC, 21 juil. 2017, § 6 ; *v. déjà*, CC, décis. n° 2011-213 QPC, 27 janv. 2012, *COFACE*, cons. n° 3.

122. CC, décis. n° 2017-645 QPC, 21 juil. 2017, § 7 (renvoyant au § 5).

123. *Ibid.*

des objectifs poursuivis et de sa nécessaire protection, pas plus que l'on ne pourrait conférer une même prérogative à l'accusé, laquelle lui permettrait d'échapper à la publicité et à l'opprobre social.

S'agissant enfin de la présomption d'innocence, le grief portait sur la reconnaissance de la qualité de « victime » à la partie civile, alors même qu'aucun jugement n'a reconnu la responsabilité de l'auteur. Par cette expression de « victime partie civile », la loi avait entendu préciser que seule la personne prétendant avoir subi elle-même l'infraction pouvait demander le huis clos¹²⁴, ce qui excluait alors ses proches, « victimes par ricochet »¹²⁵. Ainsi, plus que l'octroi d'un statut, la précision visait à limiter les personnes pouvant solliciter et obtenir le huis clos de droit. La reconnaissance de la qualité de « victime » suppose néanmoins, et de façon logique, que l'infraction soit constituée et donc que l'auteur soit également reconnu comme tel. L'on comprend donc le reproche formulé contre le texte, en ce qu'il reconnaît cette qualité de victime à la partie civile avant toute décision de condamnation, ce qui conduirait implicitement à considérer l'accusé comme auteur et méconnaîtrait son droit au respect de la présomption d'innocence. Toutefois, le Conseil rappelle la portée limitée de ce principe constitutionnel, bien plus substantiel que processuel. Loin d'être la règle générale de preuve qui innoverait la matière pénale, le principe de présomption d'innocence interdit « seulement » au législateur d'instituer une présomption de culpabilité en matière répressive¹²⁶. Or, les dispositions contestées n'instituent aucune présomption de culpabilité, de telle sorte que le grief est écarté.

Le principe constitutionnel semble avoir une portée bien plus limitée qu'on pourrait le croire ou l'espérer, bien en deçà des exigences européennes qui avaient conduit à une évolution terminologique des décisions d'appel statuant sur le seul appel de la partie civile¹²⁷. Certes, le droit conventionnel admet le huis clos, mais l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales vise « la protection de la vie privée des parties », sans qualifier l'une d'elles de victime.

La difficulté pourrait sembler n'être que terminologique de telle sorte que le droit au respect de la présomption d'innocence ne saurait donc écarter l'utilisation du terme de « victime » en amont de la condamnation. De plus, la rédaction de l'article 306 ne relevait pas d'un souci

124. CC, décis. n° 2017-645 QPC, 21 juil. 2017, § 9 ;

125. Par exemple, les parents de la victime d'un viol ne peuvent obtenir le huis clos de droit, Cass. crim. 30 oct. 1985, n° 85.92.109 ; *Bull. crim.* n° 337. En revanche, la partie civile représentante légale de la victime bénéficie de ce droit, Cass. crim. 22 mars 1989, n° 88-84.788 ; *Bull. crim.* n° 145.

126. CC, décis. n° 2017-645 QPC, 21 juil. 2017, § 8.

127. Cass. crim. 5 février 2014, n° 12-80.154, *Bull. crim.* n° 35.

de reconnaissance de la qualité de la victime, mais bien plus à limiter le bénéfice du huis clos de droit aux seules personnes se plaignant d'avoir subi les faits. Il n'en demeure pas moins que la décision du 21 juillet 2017 renvoie à ce souhait du législateur de reconnaître cette qualité le plus tôt possible¹²⁸.

Il semblerait surtout que, sans nier les droits de la personne se prétendant victime, ni l'accompagnement dont elle doit bénéficier, les termes de plaignant ou de partie civile semblent plus adaptés et plus respectueux de la présomption d'innocence.

Jean-Baptiste Perrier

C – LES SANCTIONS

Décision n° 2017-634 QPC du 2 juin 2017, M. Jacques R. et autres [Sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché]

LE FAUX-SEMBLANT DE LA LÉGALITÉ FACE À LA RÉPRESSION ADMINISTRATIVE

La porosité des disciplines composant la matière pénale amène souvent à se demander s'il est possible d'isoler des principes composant un véritable droit commun. Qu'il s'agisse de contestation sur le bien-fondé d'une accusation¹²⁹ ou de sanction ayant le caractère d'une punition¹³⁰, Cour européenne et Conseil constitutionnel tentent, par à-coups, de décrire les grandes lignes d'une matière pénale. Néanmoins, en décrivant des principes à géométrie variable, il est à craindre qu'apparaisse un champ à deux vitesses. La décision rendue le 2 juin 2017 en atteste... une nouvelle fois.

Étaient en cause les articles L. 621-14 et L. 621-15 du code monétaire et financier (CMF). L'articulation de ces deux textes permet en effet à la Commission des sanctions (CDS) de l'Autorité des marchés financiers (AMF) de sanctionner à hauteur de 100 millions d'euros tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché, et ce en dehors des abus de marché (hors donc les opérations d'initié, manipulations de cours et diffusions de fausses informations).

128. V. notamment l'emploi de ce terme dans de nombreuses dispositions du code de procédure pénale (art. 10-2 *sq.*, le sous-titre s'intitulant : Des droits des victimes, 40-2, 40-4 *sq.*, 41, 61-2 relatif aux confrontations avec la victime lors de la garde à vue, 80-3, 138 s'agissant du contrôle judiciaire, etc.).

129. Art. 6 CESDH, v. CEDH, Engel et autres c. Pays-Bas, 8 juin 1976, § 82, série A n° 22.

130. V. Jacques-Henri Robert, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 26, Dossier : La Constitution et le droit pénal, août 2009.

À première vue cette articulation manque en précision et en proportion. Cela explique la QPC renvoyée par la chambre commerciale¹³¹. Plus précisément étaient en l'espèce reprochées à des sociétés financières et à un PDG l'absence de déclaration de franchissements de seuil et de transactions sur des titres, et la transmission d'informations inexacts. Les sanctions prononcées par la Commission des sanctions allèrent de 15 000 à 150 000 euros. La Cour de cassation a donc décidé de renvoyer la QPC au Conseil au nom de la légalité et de la proportionnalité. Bien que prévisibles les solutions formulées par le Conseil n'en demeurent pas moins perturbantes.

Légalité affaiblie. Le Conseil ne manque pas de rappeler que si le principe de légalité prévu à l'article 8 DDHC s'applique « non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition », il n'en demeure pas moins que :

« l'exigence d'une définition des manquements réprimés se trouve satisfaite, en matière administrative, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent, de l'institution dont ils relèvent ou de la qualité qu'ils revêtent¹³² ».

Ce tempérament de taille est tout sauf nouveau, le Conseil ayant eu l'occasion de le dégager dès 1989¹³³.

La définition des manquements donnant lieu à une répression administrative répond donc à des exigences inférieures à celles que le Conseil fixe en droit pénal *stricto sensu*¹³⁴. Surtout, en l'espèce les Sages constatent que les travaux parlementaires attestent du fait que le législateur entend simplement réprimer des manquements à des obligations prévues par des dispositions législatives ou réglementaires, ou encore par des règles professionnelles¹³⁵. Selon le Conseil, la prévisibilité de la répression assurée par l'AMF est acquise puisque les articles L. 621-14 et L. 621-15 sanctionnent les manquements à des obligations visant à protéger les investisseurs sur les marchés financiers et à en assurer le bon fonctionnement¹³⁶.

Le raisonnement a de quoi surprendre. La « voiture-balai » des « autres manquements » permet en effet à l'AMF, par sa CDS, d'assurer la

131. Cass. com. 16 mars 2017, pourvoi n° 16-22652.

132. § 6.

133. CC, déc. n° 88-248 DC du 17 janv. 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, cons. 37.

134. V. CC, déc. n° 2010-240 QPC du 4 mai 2012, M. Gérard D (Définition du délit de harcèlement sexuel).

135. § 8.

136. § 9.

répression des comportements qui seraient en contradiction avec les obligations professionnelles contenues dans le CMF, le Règlement général de l'AMF ou encore le droit européen dérivé. La prévisibilité est postulée plus que démontrée puisque cela consiste à affirmer : « puisque vous pouvez être condamné pour tout manquement à la réglementation, alors la répression est prévisible ». Il suffit en effet de connaître l'intégralité des obligations pour que la répression soit légitime. Le Conseil ajoute *in fine* qu'« en tout état de cause, le fait pour le législateur de prévoir une sanction administrative réprimant des manquements définis par le pouvoir réglementaire n'est pas contraire au principe de légalité des délits et des peines¹³⁷ ».

Proportionnalité amoindrie. La légalité tempérée de cette répression administrative aurait pu amener le Conseil à estimer que l'amende de 100 millions d'euros constituait une sanction manquant singulièrement de mesure. Il n'en est rien. L'absence de précision constatée n'empêche pas le Conseil d'estimer qu'en agissant en vue de réprimer les manquements de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs ou au bon fonctionnement du marché, le législateur a poursuivi un objectif simple : rien de moins que la préservation de l'ordre public économique¹³⁸. L'amende encourue n'est dès lors pas disproportionnée à l'aune de la nature des manquements réprimés, des risques de perturbation des marchés financiers, de l'importance des gains pouvant en être retirés et des pertes pouvant être subies par les investisseurs.

Le Conseil ne manque pas de rappeler que l'article 8 DDHC imposant la nécessité des peines ne lui confère pas « un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ». Simplement doit-il s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre le manquement et la peine encourue¹³⁹. Et certes l'objectif de préservation de l'ordre public économique impose que le quantum des peines encourues « soit suffisamment dissuasif pour remplir la fonction de prévention des manquements assignée à la punition¹⁴⁰ ».

Il n'en demeure pas moins que le plafond de 100 millions d'euros peut se comprendre à l'endroit des abus de marché classiques dont la définition est acquise depuis longtemps. Que le manquement à n'importe quelle obligation professionnelle puisse donner lieu à une sanction identique a de quoi surprendre, si ce n'est choquer. La proportionnalité implique une logique d'échelle permettant aux professionnels et à l'observateur de constater la mesure et la gravité des manquements. En l'état, sur le plan

137. § 10.

138. § 13.

139. § 11.

140. § 13.

de la sanction, rien ou presque ne distingue les manquements nommés (abus de marché) des autres manquements. Or, si ni le règlement¹⁴¹ ni la directive¹⁴² en date du 16 avril 2014 ne font mention de ces autres manquements, l'on peut en tirer la conclusion qu'ils sont nécessairement moins graves que les abus de marché faisant eux l'objet d'une réglementation stricte. N'en déplaise au Conseil, la peine encourue apparaît alors disproportionnée.

L'on pourrait sauver les apparences en rappelant l'obligation d'individualiser les sanctions prononcées¹⁴³, les amendes effectivement prononcées en l'espèce étant bien en deçà du maximum légal. L'on peut également en tirer la conclusion que la prévision légale est sans commune mesure avec le montant concrètement nécessaire. Preuve une fois de plus que l'amende encourue est disproportionnée.

Nicolas Catelan

141. Règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché (« règlement MAR »).

142. Directive (UE) n° 2014/57 du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché.

143. V. ainsi AMF, 23 déc. 2008, SAN-2009-27.