

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

Patrick Gaïa, Éric Oliva, Caroline Faure, Cédric Bernard

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2017/2 N° 110 , PAGES 465 À 518
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130788393

DOI 10.3917/rfdc.110.0465

Date de mise en ligne : 01/05/2017

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2017-2-page-465?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.

PATRICK GAÏA
ÉRIC OLIVA
CAROLINE FAURE
CÉDRIC BERNARD

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

I – COMMENTAIRES DES DÉCISIONS

– **Décision n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias***

La décision du Conseil constitutionnel sous commentaire est une décision importante. Elle se prononce sur plusieurs aspects importants concernant l'exercice de la profession de journaliste et, en particulier, sur la question sensible de la « protection des sources » des journalistes, sur son champ d'application, son étendue et ses éventuelles limites. On avait pris l'habitude, sous l'influence de revendications toujours plus pressantes de cette profession qui, par ailleurs, ont souvent reçu un écho très favorable devant la Cour européenne des droits de l'homme, de considérer que les limites posées par le droit à la « liberté des journalistes » étaient, par un mouvement en quelque sorte irréversible, appelées à connaître une restriction constante de leur périmètre au point même d'annoncer à terme, leur disparition pure et simple. C'était sans compter avec l'idée que rares sont les libertés ou les droits dont le caractère absolu est affirmé sans restriction. Ceci a été posé voici plus de deux cents ans par les révolutionnaires

Patrick Gaïa, Professeur, ILF-GERJC, UMR 7318 DICE, Aix-Marseille Université ; Éric Oliva, professeur, ILF-GERJC, UMR 7318 DICE, Aix-Marseille Université ; Cédric Bernard, doctorant en droit public, IEA EDPL EA 666 à l'université Jean Moulin – Lyon-III (France) et à l'université Laval, Québec (Canada). Membre de la commission recherche de l'université Jean-Moulin – Lyon-III ; Caroline Faure, doctorante à l'université d'Avignon et des Pays de Vaucluse

de 1789 dans une formulation dont la simplicité ne fait que souligner la force et l'étonnante modernité : « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » énonce l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Et ceci vaut, en règle tout à fait générale, pour l'ensemble des droits et libertés, y compris pour la liberté d'expression dans ses multiples déclinaisons et extensions (liberté de la presse, liberté de communication audiovisuelle, liberté d'accès à internet...) alors même que la Déclaration précise de manière appuyée que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ».

Le premier mérite de la présente décision est de remettre cette évidence en mémoire de tous ceux qui, au nom d'une liberté sans frein et d'une conception absolutiste et « isolationniste » des droits fondamentaux consistant à les appréhender en soi, voient dans la moindre tentative de régulation une atteinte intolérable parce que liberticide par principe. Il est vrai que la jurisprudence antérieure, issue notamment de la décision de principe prononcée les 10 et 11 octobre 1984¹ avait pu un moment laisser croire que le propre de la liberté proclamée à l'article 10 DDHC obligeait le législateur, dès l'instant qu'il intervenait dans son champ, à la rendre plus effective, c'est-à-dire à s'interdire toute régression susceptible d'en atténuer les exigences. Le Conseil, dès cette époque s'appliquait néanmoins à préciser que la régulation entreprise par la loi pouvait alternativement s'opérer en vue de « la concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle »². Simultanément, ont été en outre dégagés des objectifs de valeur constitutionnelle comme la sauvegarde des droits d'autrui, la sauvegarde de l'ordre public, la recherche des auteurs d'infraction... dont la fonction est précisément d'éviter qu'il ne soit conféré une valeur absolue aux règles et principe de valeur constitutionnelle³. Et même si depuis 2008, le législateur constitutionnel, a cru bon de confier à la loi compétence pour « fixer les règles concernant le pluralisme et l'indépendance des médias », la précision ainsi ajoutée ne retranche rien au principe selon lequel le législateur doit assurer par une régulation appropriée la conciliation entre les différentes règles et principes de valeur constitutionnelle.

Les orientations ainsi énoncées trouvent leur prolongement et non leur infirmation dans la présente décision ; ce qui significativement conduit la Haute juridiction à prononcer la censure de certaines dispositions de la loi querellée.

1. CC, décis. n° 84-181 DC ; *GDCC*, 18^e éd. 2016, n° 3.

2. Cons. 57 de la décision précitée.

3. V. P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, 750 p. ; Adde, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, juin 2006.

A – Le Conseil constitutionnel était saisi en l'espèce à la fois par les sénateurs et les députés d'opposition d'un texte (issu d'une proposition de loi) visant précisément et conformément à l'invitation faite en 2008 par le législateur constitutionnel, à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias.

Ce texte se singularise par deux apports essentiels : il institue en premier lieu un « droit d'opposition » au bénéfice des journalistes qui leur permet, d'une part, de refuser toute pression, de refuser de divulguer leurs sources et de refuser de signer un article, une contribution ou une émission dont la forme ou le contenu auraient été modifiés à leur insu ou contre leur volonté. D'autre part, ce « droit d'opposition » fait obstacle à ce que les journalistes puissent être contraints à accepter un acte contraire à leur conviction professionnelle formée dans le respect de la charte déontologique de leur entreprise ou de leur société éditrice.

Le législateur avait, en second lieu estimé nécessaire de renforcer la protection des sources des journalistes en procédant à une réécriture sur ce point de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Le durcissement des règles applicables sous cet angle apparaissait des plus sensible. Il se vérifiait sur plusieurs points. Rappelant que le secret des sources est protégé, la loi disposait que cette « protection bénéficie à toute personne qui, dans l'exercice de sa profession de journaliste pour le compte d'entreprises ou agences de presse ou d'entreprises de communication au public en ligne ou audiovisuelle, pratique le recueil d'informations et leur diffusion au public ». Cette protection bénéficie aussi « à toute personne exerçant des fonctions de direction de la publication ou de la rédaction ainsi qu'à tout collaborateur de la rédaction ». La loi définit en outre la notion « d'atteinte directe ou indirecte au secret des sources » en disposant qu'elles ne peuvent être portées « qu'à titre exceptionnel et uniquement pour la prévention ou la répression des crimes et de certains délits ». S'y ajoutait que l'atteinte au secret des sources au cours d'une procédure pénale (notamment les perquisitions) devait demeurer « exceptionnelle » et subordonnée à l'autorisation d'un juge. En suite de quoi, les journalistes, les directeurs de publication ou de rédaction et les collaborateurs de la rédaction, lorsqu'ils sont entendus au cours d'une enquête de police judiciaire ou d'une instruction ou devant une juridiction, sont libres de ne pas révéler l'origine des informations recueillies dans l'exercice de leur activité et ils doivent être informés de leur droit à ne pas révéler leurs sources. Une immunité pénale était enfin prévue pour les personnes disposant d'informations « en cas de détention de documents, images ou enregistrements provenant du délit de violation du secret professionnel ou de violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée lorsqu'ils contiennent des informations dont la diffusion au public constitue un but légitime dans une société démocratique ».

Inversement enfin toute atteinte non justifiée au secret des sources faisait l'objet d'une aggravation des peines prononcées.

B – Dans sa décision, le Conseil a censuré, après avoir procédé à leur relevé d'office, les dispositions visant à modifier les compétences de la commission des droits d'auteur des journalistes les estimant dépourvues de lien avec la loi. Il a également prononcé, sur le fond cette fois, la censure des dispositions relatives à la protection de sources des journalistes tandis qu'il a été conduit à rejeter les autres griefs d'inconstitutionnalité.

1) *Le droit d'opposition* faisait l'objet d'une double critique. Il était en premier lieu avancé que la notion de « conviction professionnelle » qui fonde le droit d'opposition était par trop imprécise et empreint de subjectivité entachant de ce chef la loi d'incompétence négative. Les saisissants faisaient en outre grief au droit d'opposition de porter atteinte au principe de responsabilité découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans la mesure où le directeur de la publication, juridiquement responsable des contenus publiés, pourrait être privé, par l'exercice de ce droit d'opposition, de la possibilité de refuser la publication ou la diffusion d'un texte ou d'une émission ou de la possibilité de les rectifier.

Examinant d'abord ce second moyen – ce qui s'explique par le fait qu'au terme du raisonnement le Conseil est conduit à l'écartier comme manquant en fait – il écarte le grief soulevé considérant que le droit d'opposition ainsi reconnu ne saurait interdire au directeur de publication ni de publier ou diffuser, sans la signature de l'intéressé et après rectification, l'article ou l'émission auquel il a collaboré, ni d'en refuser la publication ou la diffusion. En toute hypothèse, la responsabilité du directeur de publication ne serait engagée qu'à raison du contenu des textes, contributions ou émissions dont il a accepté la publication ou la diffusion, le cas échéant après rectification. Le principe de responsabilité que le Conseil a fait découler, certes de longue date (quoique tardivement, en 1982) de l'article 4 de la DDHC⁴, ne se trouve par suite pas mis en cause ce qui conduit au rejet du moyen⁵.

Quant au grief tiré de l'incompétence négative, le Conseil estime à l'inverse des requérants que le législateur, en se référant à la notion de « conviction professionnelle formée dans le respect de la charte déontologique de l'organisme qui emploie le journaliste », a exercé pleinement sa compétence car il a défini le critère en fonction duquel le journaliste

4. CC, décis. n° 82-144 DC du 22 oct. 1982, *loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*.

5. Voir sur ce principe et son fondement l'étude de C. Radé, « Liberté, égalité, responsabilité », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 16, juin 2004

pourra refuser d'accomplir un acte demandé par son employeur. Ce critère renvoie en effet « aux exigences et aux usages propres à la profession de journaliste, le cas échéant rappelés par cette charte déontologique, auxquels l'intéressé a marqué son attachement ». Ce faisant, la distinction – et l'absence de risque de confusion entre « conviction professionnelle » et « conviction personnelle » est, selon le Conseil, suffisamment établie en raison du renvoi opéré aux pratiques et usages de la profession. Néanmoins, si ledit critère est dénué de tout caractère « équivoque », le Conseil prend soin néanmoins au terme d'une réserve d'interprétation directive de préciser qu'il appartiendra au juge, saisi d'un litige né de ce refus, d'apprécier si la situation de fait correspond bien au critère ainsi retenu par le législateur. Le raisonnement du Conseil sur ce point n'est cependant pas pleinement convaincant. D'une part parce que la notion « d'usages » ou de « pratiques » demeure elle-même assez floue (en quoi consistent-ils précisément ? Sont-ils exigés pour le tout et que se passe-t-il si le journaliste s'est écarté du respect de l'un ou l'autre ?) ; d'autre part, le renvoi à l'appréciation du juge, est loin de garantir en soi – et compte tenu des variations susceptibles d'affecter lesdits usages ou pratiques – une appréciation homogène des comportements éligibles à la qualification dont s'agit.

2) La décision du 10 novembre 2016 retient surtout l'attention en censurant les dispositions qui modifiaient, pour les rendre plus sévères c'est-à-dire plus protectrices des personnes concernées, les conditions dans lesquelles il pouvait être porté atteinte au secret des sources ; ont également été la cible de la censure du Conseil celles d'entre elles qui, inversement, instituaient une immunité pénale en faveur des journalistes, des collaborateurs de la rédaction et des directeurs de la publication ou de la rédaction. Le Conseil y consacre pratiquement la moitié des « considérants » de sa décision, montrant par là même le soin particulier qu'il a apporté à une motivation qui occupe substantiellement près des deux-tiers de celle-ci. Qu'il soit permis de saluer cette méthode qui tranche avec le caractère quelque peu expéditif auquel le lecteur est parfois confronté.

Rappelons que le texte entendait agir sur quatre aspects principaux : en élargissant le cercle des bénéficiaires de la protection, en déterminant les conditions et modalités des exceptions à y apporter ainsi que les incidences de cette protection renforcée sur le plan pénal (tant procédural qu'au fond).

Le Conseil, tout en plaçant le régime ainsi institué sous l'empire des dispositions de l'article 11 de la DDHC (dont il a fait auparavant découler la liberté d'expression et de communication) n'en est pas moins été conduit à souligner d'emblée « qu'aucune disposition constitutionnelle ne consacre spécifiquement un droit au secret des sources des journalistes »

(§ 17) réitérant dans le cadre de son contrôle *a priori* ce qu'il avait jugé à l'occasion de l'examen récent d'une QPC⁶. Cette mise au point relativise de manière significative la portée des dispositions législatives qui en l'état du droit, sont les seules, en droit interne, à affirmer l'existence d'une telle protection. Il en va en particulier ainsi des lois du 4 janvier 1993 et du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes, laquelle, reprenant le principe posé par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, énonce que le secret des sources des journalistes « est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public ». Il est vrai qu'en dehors de la Constitution, la Cour EDH a rattaché un tel droit aux dispositions de l'article 10 de la CEDH duquel elle tire la règle selon laquelle « la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse »⁷ impliquant par suite un contrôle strict sur les mesures restrictives prises par les États. Le législateur français s'est donc, comme il y est tenu, d'abord en vertu de l'article 55 de la Constitution, conformé à cette approche en précisant, dans la loi précitée « qu'il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. Cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources »⁸. La notion « d'impératif prépondérant d'intérêt public » repris mot pour mot de la jurisprudence européenne devient ainsi le critère essentiel d'appréciation de la licéité des limites acceptables apportées à la règle de protection ainsi posée. Elle a trouvé dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation plusieurs applications remarquables⁹.

Sans avoir l'obligation de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et donc, à consacrer en tant que telle la valeur constitutionnelle de la protection des sources journalistiques le Conseil constitutionnel ne pouvait pour autant dissocier cette exigence de la liberté d'expression protégée par l'article 10 DDHC. Cette liberté doit cependant, conformément au principe général énoncé par son article 4, être conciliée avec les autres droits et libertés. La liberté d'expression ne saurait par suite conduire ni à ce que soit portée une atteinte excessive aux autres droits et libertés constitutionnellement garantis non plus qu'à d'autres principes de valeur constitutionnelle ; pas davantage le législateur ne saurait-il s'affranchir lorsqu'il régleme l'exercice d'une liberté du respect des objectifs de valeur constitutionnelle qui s'impose

6. CC, décisi. n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres*.

7. Cour EDH, 27 mars 1996, *Goodwin c. Royaume-Uni*.

8. Voir notamment, pour des arrêts concernant la France : CEDH 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France* ; CEDH 12 avril 2012, *Martin et autres c. France*.

9. Voir par ex., dans le dernier état : Cass. crim. 25 fév. 2014, pourvoi n° 13-84.76.

à lui. En la circonstance, la liberté d'expression et de communication est d'abord susceptible d'interférer avec le respect dû à la vie privée et le secret des correspondances que le Conseil a fait découler de l'article 2 de la Déclaration. Il résulte par ailleurs des articles 5, 20 et 21 de la Constitution que le secret de la défense nationale participe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, au nombre desquels figurent l'indépendance de la Nation et l'intégrité du territoire. Enfin, les libertés quelles qu'elles soient, doivent être aménagées sans préjudice des objectifs de valeur constitutionnelle que sont la recherche des auteurs d'infraction et la prévention des atteintes à l'ordre public. Le Conseil prend dès lors soin de rappeler préalablement cette obligation générale de conciliation selon une formulation devenue récurrente dans sa jurisprudence : « il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée, le secret des correspondances, la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la recherche des auteurs d'infraction et la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle » (§ 20).

Le Conseil estime qu'en l'espèce « le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre, d'une part, la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances ». Il juge également qu'il n'a pas non plus assuré une « conciliation équilibrée entre cette même liberté et les exigences inhérentes à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, la recherche des auteurs d'infractions et la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle » (§ 23)¹⁰.

Pour parvenir à cette double conclusion, le Conseil estime en premier lieu qu'en limitant exclusivement la possibilité d'une atteinte au secret des sources en matière délictuelle à une exigence de *prévention*, la loi a nécessairement exclu qu'il soit porté atteinte au secret des sources aux fins de *répression d'un délit, quels que soient sa gravité, les circonstances de sa commission, les intérêts protégés ou l'impératif prépondérant d'intérêt public s'attachant à cette répression*. La différence avec les crimes – pour lesquels cette distinction entre action préventive et action répressive n'était pas retenue – est apparue d'autant plus injustifiée qu'elle aboutissait en matière délictuelle à ne pas pouvoir réprimer des infractions incriminant des atteintes graves aux personnes mais aussi des délits concernant les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation ou les actes de terrorisme et au regard desquels les atteintes au secret des sources ne pouvaient pas, par principe, être justifiées. En second lieu,

10. Dans le même sens, voir la décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015 précitée.

l'immunité pénale instituée par les dispositions contestées s'étendait à des personnes dont la profession ne présente qu'un lien indirect avec la diffusion d'informations au public. Surtout, elle interdisait les poursuites pour recel de violation du secret professionnel et pour atteinte à l'intimité de la vie privée, délits punis de cinq ans d'emprisonnement et visant à réprimer des comportements portant atteinte au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances. Elle faisait enfin obstacle aux poursuites pour recel de violation du secret de l'enquête et de l'instruction, délit puni de la même peine et protégeant la présomption d'innocence et la recherche des auteurs d'infraction. Il est heureux que le rappel d'exigences (non moins fondamentales que la liberté d'expression) comme le respect de la vie privée et celui de la présomption d'innocence viennent quelque peu contrebalancer cette tendance détestable qui conduit certains journalistes ou organes de presse à se parer du titre parfaitement usurpé de « pré juge(s) » instruisant de surcroît exclusivement à charge...

Pour le reste, l'un des effets inattendus de la présente décision ne manquera pas d'être souligné : la censure prononcée impose le retour à la condition « d'impératif prépondérant d'intérêt public » comme seule motif licite d'une atteinte justifiée au secret des sources. Une notion forgée par la Cour de Strasbourg et à laquelle, au final, la préférence est donnée... par le Conseil constitutionnel.

Patrick Gaïa

– **Décision n° 2016-743 DC du 29 décembre 2016, Loi de finances rectificative pour 2016**

– **Décision n° 2016-744 DC du 29 décembre 2016, Loi de finances pour 2017**

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 22 décembre 2017 par 60 sénateurs et 60 députés du projet de loi de finances rectificative pour 2016 ainsi que du projet de loi de finances pour 2017. La loi de finances se situe dans un contexte politique particulier puisqu'elle est adoptée à quelques mois des élections présidentielle et législatives. La décision confirme l'abandon d'une convention qui a pu parfois jouer et qui consistait à ne pas saisir le Conseil du dernier projet de loi de finances déposé par la majorité avant des échéances électorales entraînant probablement une alternance politique et une cohabitation ce qui fut le cas par le passé. Depuis l'instauration du quinquennat, seule la loi de finances pour 2007 n'a pas été déférée au Conseil mais elle se situe dans une période particulière de mise en œuvre de la loi organique relative

aux lois de finances¹¹. Depuis 2009 toutes les lois de finances initiales ont été systématiquement soumises à l'examen du Conseil constitutionnel, y compris la loi de finances pour 2017, malgré le contexte politique particulier. L'avis du Haut Conseil des finances publiques, jugeant « improbable » l'objectif de réduction du déficit public à 2,7 % en 2017, et le débat parlementaire ne laissent guère entrevoir d'autres solutions qu'une saisine du Conseil constitutionnel. Au demeurant, les saisines des sénateurs et députés sont relativement brèves à cause des délais très raccourcis caractérisant l'exercice de la saisine en matière de loi de finances du fait du principe d'antériorité budgétaire. S'il est notoire que les requérants et le Conseil préparent respectivement leurs saisines et leur décision avant l'adoption définitive du projet de loi de finances, il convient de ne pas accorder trop d'importance à cette brièveté qui n'est en réalité qu'apparente. Une deuxième particularité de la saisine, en lien avec la première, tient à l'articulation subtile entre le contrôle *a priori* et le contrôle *a posteriori* depuis l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité. Les saisines sont « rationalisées » en ce sens qu'elles ne concernent pas certaines dispositions qui seront « réservées » à une ultérieure question prioritaire de constitutionnalité, laquelle, compte tenu des délais plus longs, pourra être mieux préparée qu'une saisine en déclaration de conformité.

Le Conseil constitutionnel a censuré dix dispositions¹² de la loi de finances dont sept cavaliers budgétaires étrangers au domaine de la loi de finances¹³. Il a assorti le I de l'article 7 de la loi d'une réserve d'interprétation. Les autres dispositions¹⁴ ont été jugées conformes à la Constitution.

La loi de finances rectificative a été adoptée le 22 décembre et le Conseil a été saisi le jour même. Le Conseil a censuré trois dispositions de la loi de finances rectificatives dont deux cavaliers budgétaires¹⁵ et une violation de l'égalité¹⁶. Les décisions du 29 décembre 2016 s'articulent autour de trois thèmes principaux : la sincérité des lois de finances qui demeure globalement reconnue (A), la régulation des compétences législatives et financières (B) et le respect des droits fondamentaux en matière fiscale (C)

11. Cela a suscité une absence de saisine parlementaire depuis la loi de finances pour 2005 jusqu'à la loi de finances pour 2010. CC, décis. n° 2005-530 DC du 29 déc. 2005, CC, décis. n° 2009-599 DC du 29 déc. 2009.

12. Au fond les articles 78 ; le paragraphe I de l'article 105 et le paragraphe I de l'article 133.

13. Les articles 110, 113, 126, 131, 132, 153 et 154 de la loi.

14. L'article 12 ; l'article 21 ; l'article 33 ; à l'article 60, le premier alinéa du 1 et la première phrase du premier alinéa du 2 de l'article 1671 du code général des impôts, et le 2 du F du paragraphe II de cet article 60 ; l'article 62 ; le paragraphe II de l'article 105.

15. L'article 84 modifiant les règles relatives à la compensation financière de transferts de compétences entre les départements et les régions en matière de transports urbains ; l'article 147 autorisant l'approbation d'un avenant à une convention fiscale.

16. L'article 113 instituant une contribution à l'accès au droit et à la justice.

A – L'INTROUVABLE INSINCÉRITÉ DE LA LOI DE FINANCES

La sincérité en matière financière se caractérise par l'absence d'intention de fausser les grandes lignes de l'équilibre déterminé par la loi de finances¹⁷. Elle s'est renforcée depuis 2012 par la prise en considération de l'avis du Haut Conseil des finances publiques¹⁸. Si le Conseil examine depuis le milieu des années 1990 la sincérité des lois de finances, force est de constater qu'aucune loi de finances n'a pour l'instant été jugée insincère. Compte tenu de la conception subjective de la sincérité qui est retenue, cela est plutôt rassurant car l'insincérité de la loi de finances constitue un manquement grave à l'obligation gouvernementale de loyauté tant à l'égard du Parlement et de sa majorité qu'à l'égard des institutions et des autres États membres de l'Union européenne. De surcroît l'insincérité de la loi de finances constitue une atteinte au Code de transparence des finances publiques du Fonds monétaire international auquel la France a adhéré.

La sincérité de la loi de finances pour 2017 pouvait toutefois sérieusement être remise en cause pour plusieurs raisons. D'abord, les hypothèses macroéconomiques semblaient exagérément optimistes, ensuite, la trajectoire de réduction des déficits consécutive à des économies de grande ampleur paraissait « improbable », enfin certaines « manipulations » de recettes amélioreraient artificiellement le solde budgétaire. Le Conseil constitutionnel n'a pas retenu ces arguments (cons. 2 à 10).

1 – La sincérité des hypothèses macroéconomiques

S'agissant des hypothèses macroéconomiques, le Conseil utilise de manière originale, outre l'avis du Haut Conseil des finances publiques, les prévisions de plusieurs institutions telles que la Commission européenne, la Banque de France, le Fonds monétaire international et l'Organisation de coopération et de développement économiques¹⁹. Le Conseil s'est du reste référé aux mêmes institutions lors de l'examen de la sincérité de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017²⁰. Il n'avait auparavant jamais fait référence aux données économétriques fournies par ces différentes institutions. Les décisions de décembre 2016 témoignent ainsi d'un élargissement des critères permettant au Conseil d'apprécier la sincérité des lois financières. Désormais celle-ci s'appréciera non seulement au regard de l'avis du Haut conseil des finances publiques mais aussi au vu des données

17. CC, décis. n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001, cons. 60 ; *Grandes décisions du Conseil constitutionnel (GDCC)*, 18^e éd., Dalloz, Paris, 2016, GD n° 25.

18. CC, décis. n° 2012-653 DC du 9 août 2012, cons. 27 ; décis. n° 2012-658 DC, du 13 déc. 2012, cons. 52, *GDCC, op. cit.*, GD n° 28, § 16.

19. CC, décis. n° 2016-774 DC, du 29 janvier 2016, cons. 6.

20. CC, décis. n° 2016-742 DC, du 22 déc. 2016, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2017*, cons. 6.

fournies par d'autres institutions. Cet élargissement ne témoigne pas pour autant d'un durcissement de la jurisprudence du Conseil en matière de sincérité. Le sérieux des institutions mentionnées dans la décision ne fait certes aucun doute, mais les hypothèses macroéconomiques fournies par ces dernières diffèrent parfois très sensiblement. Or cela affecte directement le solde structurel pris en considération depuis le Traité de Bruxelles de 2012²¹, qui s'appuie sur des hypothèses de croissance potentielle qui peuvent sensiblement varier d'une institution à l'autre²². Par conséquent le Conseil fait preuve d'une certaine « sagesse » en retenant les données des différentes institutions mentionnées dans la décision commentée. Si les prévisions de ces institutions, dont le sérieux n'est guère contestable, peuvent varier, comment alors reprocher au gouvernement de miser sur des hypothèses économiques insincères ? L'insincérité pourrait simplement résulter d'un écart significatif entre les prévisions retenues par le gouvernement et l'hypothèse la plus optimiste retenue par l'une des institutions. En ce cas, le projet de loi de finances pourrait être bâti sur des données fantaisistes et mensongères. De surcroît, le Conseil souligne que le gouvernement a modifié les prévisions optimistes de départ en amendant au cours du débat parlementaire, l'article liminaire qui figure depuis 2012 en loi de finances. Le gouvernement a ainsi réduit, au cours du débat, les prévisions de croissance de 0,1 % et cela révèle sa bonne volonté.

La référence aux hypothèses chiffrées par diverses institutions pourrait laisser penser à un élargissement du bloc de constitutionnalité. Cela n'est guère probable car, les données macroéconomiques ne constituent pas en elle-même des normes mais plutôt des prévisions factuelles d'experts permettant d'éclairer la conviction du juge. Elles sont en tant que telles bien entendu dépourvues de toute normativité, mais à l'instar d'une expertise judiciaire, elles viennent éclairer le débat juridictionnel et permettent d'apprécier objectivement l'intention réelle du gouvernement de fausser les grandes lignes de l'équilibre. L'ouverture aux institutions internationales témoigne cependant de l'élargissement des données chiffrées concernant les finances publiques et la progression internationale du principe de transparence des finances publiques. Désormais, et depuis plusieurs années déjà, les données financières ne dépendent plus seulement des États et sont également fournies par des organisations internationales.

21. Traité relatif à la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire, signé à Bruxelles le 2 mars 2012, voir CC, décis. n° 2012-653 DC du 9 août 2012 précitée.

22. Ces différences ont été clairement mises en évidence par le Doyen Gilbert Orsoni, lors d'un colloque organisé à Bucarest en novembre 2014 et dont les actes sont en cours de publication. Orsoni G. « Le contenu substantiel de l'équilibre budgétaire » (Balanced budget as a substantive legal rule). Le Doyen Orsoni fait très justement observer que « Cette difficulté peut se traduire par des divergences d'appréciation quant à la mesure de ce solde. Ainsi, pour l'année 2011, le déficit structurel français était évalué par la Commission européenne à 4,1 % du PIB alors que pour le FMI il se montait à 3,4 % ».

Elles comportent cependant une certaine fragilité dans la mesure où elles sont en réalité alimentées par des remontées d'informations en provenance des États membres²³.

2 – La sincérité des reports de dépenses et des anticipations de recettes

Les requérants contestaient également la sincérité de la loi de finances au regard d'opérations effectuées par anticipation sur l'exercice 2018. Il était ainsi reproché au projet de loi de finances de prévoir des reports de dépenses²⁴ et des anticipations de recettes²⁵ améliorant artificiellement le solde budgétaire pour 2017. Le Conseil constitutionnel considère que si ces opérations sont susceptibles d'affecter l'équilibre de l'exercice 2018, elles n'affectent pas la loi de finances pour 2017 qui demeure sincère. Le Conseil précise que si certaines dépenses et mesures fiscales ne produiront leurs effets sur le solde budgétaire qu'à partir de 2018, ce qui rendra plus difficile le respect des orientations pluriannuelles des finances publiques, il n'en résulte cependant aucune méconnaissance d'une exigence constitutionnelle²⁶. Le Conseil se refuse de nouveau à consacrer une normativité supra légale aux dispositions prévues dans la loi de programmation des finances publiques qui s'imposeraient aux lois de finances. Il avait neutralisé les lois de programmation des finances publiques qui s'entendent sous réserve du respect des prérogatives du Parlement et du gouvernement lequel, conformément à l'article 20 de la Constitution, détermine et conduit la politique de la Nation²⁷.

Pour ces motifs, le Conseil considère de nouveau que la loi de finances pour 2017 n'est pas insincère et que si les grandes lignes de l'équilibre budgétaire étaient bouleversées, il reviendrait au gouvernement de déposer un projet de loi de finances rectificative dont la sincérité pourrait également être appréciée.

3 – La sincérité de la loi de finances rectificative

Le Conseil contrôle également la sincérité des lois de finances rectificatives, mais de manière beaucoup plus rare puisque c'est la sixième fois

23. En particulier de l'INSEE et la Cour des comptes pour la France. Si la véracité des informations fournies par la France ne prête guère à discussion, tel n'est pas le cas d'autres informations fournies par certains États moins transparents.

24. Pour le détail des opérations en cause : voir la saisine des sénateurs.

25. Les requérants considéraient qu'1,2 milliard d'euros de recettes de 2018 sont avancées en 2017 : 500 millions d'euros de majoration d'acompte d'impôt sur les sociétés, 300 millions d'euros d'acompte de la majoration de taxe sur les surfaces commerciales et 400 millions d'euros d'acompte de prélèvement forfaitaire (saisine des sénateurs).

26. CC, décis. n° 2016-744 DC, cons. 8.

27. CC, décis. n° 2012-658 DC, précitée, voir, *GDCC, op. cit.*, GD n° 28, § 17-19.

qu'il est amené à se prononcer sur la question²⁸. Après avoir rappelé que ces lois suivent le même régime que les lois de finances, il a jugé que la loi de finances rectificative pour 2016 n'était pas insincère alors surtout que son rôle est de tenir compte des diverses mesures de régulation budgétaire et de rectifier ainsi les paramètres d'examen de la sincérité modifiant les prévisions initiales. La sincérité peut ainsi s'apprécier en cascade au vu des prévisions initiales et de leurs modifications ultérieures notamment de fin d'année. Le Conseil constate que la circonstance que certaines insuffisances de crédits soient révélées par la nécessité d'ouvrir des crédits supplémentaires dans la loi de finances rectificative n'est pas de nature à entacher cette dernière d'insincérité²⁹.

B – LA RÉGULATION DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES ET FINANCIÈRES

Compte tenu de la nature particulière des lois de finances, les décisions rendues par le Conseil constitutionnel en matière financière portent souvent sur la régulation des compétences législatives et financières.

1 – L'incompétence négative

Le Conseil constitutionnel est appelé à contrôler l'incompétence négative du législateur. Compte tenu de la forte densité législative découlant du principe de légalité fiscale défini par l'article 34 al. 5 de la Constitution, le Conseil a vérifié que le législateur avait bien épuisé l'intégralité de sa compétence à l'égard de quatre dispositions fiscales contenues dans la loi de finances et a sanctionné l'une des dispositions. Les requérants contestaient que l'article 12 de la loi, modifiant le régime du dernier acompte d'impôt sur les sociétés applicable aux grandes entreprises³⁰, définissait de manière imprécise l'assiette de cet impôt. Le Conseil répond, au-delà des moyens soulevés, en constatant que l'article 12 ne modifie pas les règles d'assiette de l'impôt, mais, portant sur un acompte, son paiement, c'est-à-dire ses modalités de recouvrement. Pour autant le juge constitutionnel qui aurait pu déclarer le moyen inopérant précise que le législateur a aménagé, de manière suffisamment précise, les modalités de recouvrement de l'impôt sur les sociétés par les grandes entreprises³¹. L'article 21 de la loi de finances avait pour objet

28. Voir les précédents de 2014, CC, décis. n° 2014-699 DC du 6 août 2014, cons. 2-6 ; de 2011, CC, décis. n° 2011-638 DC du 28 juill. 2011, cons. 2-10 ; de 2003 ; CC, décis. n° 2003-488 DC, du 29 déc. 2003, cons. 2-5 ; de 2000, CC, décis. n° 2000-441 DC, du 28 déc. 2000, cons. 2-3 et de 1999, CC, décis. n° 99-425 DC, du 29 déc. 1999, cons. 2-6.

29. CC, décis. n° 2016-743 DC, cons. 4.

30. Prévu par l'article 1668 du code général des impôts.

31. CC, décis. n° 2016-774 DC, cons. 33.

de soumettre au paiement d'un acompte certains contribuables de la taxe sur les surfaces commerciales. Cet article était, selon les requérants, également entaché d'incompétence négative affectant son assiette, sa liquidation et son recouvrement. Les requérants estimaient également que la disposition en cause était contraire à l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le Conseil fait masse des deux moyens en une réponse unique qui révèle le lien étroit entre l'incompétence négative et l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi qui ouvre une large marge d'appréciation à son interprète et par conséquent peut être considérée comme une subdélégation inconstitutionnelle de compétence³². Le Conseil reprend une formule inaugurée en 2004³³ et considère que l'article contesté ne méconnaît ni l'étendue de la compétence législative ni l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le législateur aurait également méconnu l'étendue de sa compétence en laissant au pouvoir réglementaire le soin de fixer certains éléments du recouvrement de la taxe sur les transactions financières (transactions intrajournalières). L'article 61 de la loi déferée³⁴ renvoie au décret le soin de préciser certaines conditions relatives au recouvrement de cette taxe. Après avoir précisé l'étendue de la compétence législative en matière de recouvrement des impositions de toutes natures³⁵, le Conseil examine les différentes précisions posées par la loi et en particulier que la taxe est recouvrée et contrôlée selon les procédures et sous les mêmes sanctions, garanties et privilèges que les taxes sur le chiffre d'affaires³⁶. Il estime ce renvoi suffisant et le législateur n'a, par conséquent, pas méconnu l'étendue de sa compétence. Il en serait autrement si la loi n'avait prévu aucune modalité de recouvrement et le Conseil avait écarté le principe suivant lequel dans le silence de la loi une taxe additionnelle était recouvrée dans les mêmes conditions que la taxe principale³⁷. Or tel n'est pas le cas en l'espèce la loi précisant les modalités suivant lesquelles la taxe frappant les titres « intrajournaliers » sera recouvrée. Il convient également de souligner que le renvoi à un régime de recouvrement antérieur fixé par une loi déjà promulguée pourrait susciter l'application de la jurisprudence « calédonienne » et remettre

32. CC, décis. n° 2016-744 DC, cons. 40. Le Conseil précise que l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi « doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles ou des principes fondamentaux dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi ».

33. CC, décis. n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, cons. 29.

34. Qui modifie l'article 235 ter ZD du code général des impôts.

35. Qui comporte traditionnellement les règles régissant son contrôle, son recouvrement, son contentieux ainsi que les garanties et sanctions qui lui sont applicables.

36. CC, décis. n° 2016-744 DC, cons. 77.

37. CC, décis. n° 2012-298 QPC, du 28 mars 2013, *SARL Majestic Champagne*, cons. 6-7.

en question la constitutionnalité d'une disposition antérieurement promulguée. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

L'article 78 de la loi de finances a en revanche été censuré pour le motif tiré de l'incompétence négative du législateur. Cet article, instituant la « taxe Google », permettait discrétionnairement à l'administration fiscale de soumettre, à l'occasion d'une procédure de vérification de comptabilité, à l'impôt sur les sociétés des bénéficiaires réalisés en France par une personne morale établie hors de France. En n'encadrant pas suffisamment les pouvoirs de l'administration fiscale, le Conseil a considéré que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence s'agissant de la définition de l'assiette d'une imposition. Il censure en effet, en matière fiscale les dispositions législatives insuffisamment précises qui laissent à l'administration fiscale un pouvoir discrétionnaire d'appréciation. La décision du 29 décembre 2016 peut de ce point de vue être rapprochée de la jurisprudence relative à l'agrément fiscal discrétionnaire qui tend à se réduire comme une peau de chagrin³⁸. Le Conseil a du reste précisé que l'incompétence négative affectant le VI du nouvel article 209 C du code général des impôts introduit par la loi était indissociable des autres paragraphes et a par conséquent censuré l'ensemble de l'article.

2 – L'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi

Le Conseil constitutionnel a également apprécié sans succès le respect de l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi très souvent invoqué en matière fiscale. En l'espèce ce moyen aurait eu quelque chance de prospérer s'agissant du passage à la retenue à la source prévu par l'article 60 de la loi de finances. Sur le fond le Conseil ne retient pas le moyen après avoir minutieusement examiné les dispositions litigieuses. Le mécanisme de crédit d'impôt imaginé afin d'organiser le passage à la retenue à la source n'était pas de ce point de vue exempt de critiques s'agissant en particulier de la définition des revenus non exceptionnels. Le A du paragraphe II de l'article 60 prévoit en effet que : « Les contribuables bénéficient, à raison des revenus non exceptionnels entrant dans le champ du prélèvement mentionné à l'article 204 A du code général des impôts, tel qu'il résulte de la présente loi, perçus ou réalisés en 2017, d'un crédit d'impôt « modernisation du recouvrement » destiné à assurer, pour ces revenus, l'absence de double contribution aux charges publiques en 2018 au titre de l'impôt

38. Voir CC, décis. n° 99-424 DC du 29 déc. 1999, cons. 31-32, par laquelle le Conseil a exigé que la loi soit suffisamment précise et qu'elle encadre l'appréciation de l'autorité administrative, voir nos commentaires *in GDCC, op. cit.*, GD n° 20, § 3.

sur le revenu ». Pour le moins obscure, cette formulation signifie qu'un crédit d'impôt sera accordé aux contribuables qui risqueraient de payer doublement l'impôt mais uniquement à raison de leurs revenus non exceptionnels. Or, la définition de ces revenus pose difficulté dans la mesure où elle pourrait ne pas inclure tous les revenus « habituels » et en particulier certaines primes versées aux salariés de manière régulière³⁹. Le Conseil n'a pas retenu ce moyen ni celui tiré de l'intelligibilité des règles présidant à l'institution des différents taux du prélèvement à la source.

3 – La censure des cavaliers budgétaires

Le Conseil constitutionnel a protégé le domaine réservé à la loi de finances en censurant plusieurs cavaliers budgétaires. Au total sept articles de la loi de finances initiale⁴⁰ et deux articles de la loi de finances rectificative⁴¹ ont été censurés pour ce motif qui est soulevé d'office par le Conseil et examiné par la médiation de l'article 47 de la Constitution et la loi organique relative aux lois de finances qui définit le contenu matériel des lois de finances⁴². Les articles censurés pour ce motif n'affectent pas l'équilibre budgétaire et ne sont pas au nombre des autres dispositions pouvant être prévues par une loi de finances⁴³. La décision relative à la loi de finances rectificative aurait pu soulever une question intéressante relative à l'interprétation de l'article 53 de la Constitution concernant les engagements internationaux engageant les finances de l'État. Les sénateurs soutenaient en effet que des dispositions

39. Notamment les primes de performance individuelle et les primes de performance collective (voir A. de Montgolfier, *Rapport d'information sur le projet d'instauration du prélèvement à la source de l'impôt sur le revenu*, Sénat, SO, 2016/2017, n° 98, p. 82-83).

40. L'article 110 permettant aux services du ministère de l'économie et des finances d'accéder au fichier dénommé *Système d'immatriculation des véhicules* ; l'article 113 prévoyant la remise au Parlement d'un rapport sur la révision de la carte des zones défavorisées simples ; l'article 126 modifiant le régime juridique des pièces de collection en métaux précieux fabriquées et commercialisées par la Monnaie de Paris ; l'article 131 prorogeant un dispositif d'accès à l'emploi titulaire organisé en faveur de certains agents contractuels de la fonction publique, l'article 132 modifie les règles relatives au contrôle des arrêts de travail et des cumuls d'activités dans la fonction publique ; l'article 153 modifiant les modalités de calcul des ressources personnelles prises en compte pour l'attribution de la prestation de compensation du handicap ; l'article 154 permettant l'expérimentation par les collectivités territoriales et la caisse nationale de solidarité pour l'autonomie du financement de l'information et du soutien des tuteurs familiaux.

41. L'article 147 autorisant l'approbation de l'avenant du 25 août 2016 modifiant la convention du 14 janvier 1971 entre la France et le Portugal tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative réciproque en matière d'impôts sur le revenu, signé à Lisbonne le 25 août 2016 ; l'article 84 modifiant les règles relatives à la compensation financière de transferts de compétences entre les départements et les régions en matière de transports urbains.

42. CC, décis. n° 2016-744 DC, cons. 98.

43. Selon la formule désormais classique rappelée au considérant 106 de la décision.

prévoyant l'autorisation de ratification d'un avenant à une convention fiscale⁴⁴ méconnaissent l'article 53 de la Constitution au motif qu'elles ne pouvaient trouver leur place que dans une loi spécifique, prise sur le fondement du premier alinéa de cet article. Le Conseil ne répond pas à la question intéressante de savoir si une loi ordinaire peut procéder à l'autorisation de ratifier un engagement international ou si cette autorisation doit obligatoirement faire l'objet d'une loi spéciale et considère pour la première fois qu'une telle disposition n'a pas sa place dans la loi de finances. La prise en considération des conséquences financières d'un engagement international intéressant les finances de l'État avait été, par le passé, considérée, non sans critiques d'ailleurs, comme une autorisation implicite de ratification⁴⁵. En effet, « en forme logique, l'autorisation de ratification d'un engagement international fait l'objet d'un projet de loi autonome »⁴⁶. Toutefois le libellé de l'article 34 II-7-d de la LOLF semble partiellement remettre en cause cette théorie puisqu'il prévoit que des dispositions figurant dans la deuxième partie de la loi de finances peuvent « approuver des conventions financières »⁴⁷. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'examen de l'article 84 de la loi de finances rectificative pour 2011, la souscription de la France au titre de la recapitalisation de la Banque de développement du Conseil de l'Europe a été analysée comme une approbation de convention financière au sens de l'article 34 II-7-d de la LOLF et n'a du reste pas été considérée comme un cavalier par le Conseil⁴⁸. Par ailleurs quelques précédents mentionnés par le gouvernement laissent penser que l'autorisation de ratifier peut être donnée par une loi ordinaire autre qu'une loi spéciale de ratification⁴⁹. Aussi intéressante qu'elle soit, cette question n'est pas résolue en ce qui concerne les conventions fiscales bilatérales dont l'autorisation de ratification ne relève pas du domaine de la loi de finances dans la mesure où elles n'ont pas directement d'incidences budgétaires et où elles ne sont pas considérées comme des conventions financières

44. Avenant du 25 août 2016 à la convention fiscale franco-portugaise du 14 janvier 1971, prévoyant que les citoyens français résidant au Portugal qui perçoivent des rémunérations publiques, seront, pour les périodes d'imposition commençant à compter du 1^{er} janvier 2013, uniquement imposables en France ainsi que la mise en conformité avec les nouveaux standards internationaux de la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales (OCDE).

45. CC, déc. n° 75-60 DC du 30 déc. 1975, cons. 4 ; Voir Renoux Th. ; De Villiers M. ; Magnon X., *Code constitutionnel*, LexisNexis, Paris, 2017, commentaire sous l'article 53.

46. Avril P. ; Gicquel J. ; Gicquel J.-E., *Droit parlementaire*, 5^e éd., Domat Montchrestien, Paris, 2015, § 376.

47. La LOLF reprend d'ailleurs sur ce point les dispositions de l'ancien article 2 al. 3 de l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959.

48. CC, déc. n° 2011-645 DC du 28 déc. 2011, Loi de finances rectificative pour 2011.

49. « Bien que la pratique du Gouvernement soit de présenter en principe des projets de loi dédiés à l'autorisation de ratifier ou d'approuver un ou plusieurs traités ou accords internationaux, des lois ordinaires ont déjà comporté, aux côtés d'articles énonçant des règles relevant de l'article 34 de la Constitution, un article autorisant la ratification ou l'approbation d'un traité ». (Obs. du gouvernement, décision n° 2016-743 DC commentée).

au sens de la LOLF. Au demeurant cette solution présente le mérite de préserver l'intégrité de la loi de finances qui comporte déjà de nombreuses dispositions et obéit à des règles procédurales d'urgence qui ne sont guère compatibles avec les pouvoirs du Parlement dans le domaine des relations internationales. De surcroît, l'autorisation de ratifier en loi de finances priverait la loi prévue à l'article 53 de la Constitution de toute étude d'impact ce qui semble contraire aux termes de l'article 39 de la Constitution et à la loi organique du 15 avril 2009⁵⁰. L'avenant à la Convention franco-portugaise pourrait ainsi, en l'attente d'une autorisation de ratifier ultérieure, ne pas être encore applicable⁵¹.

C – LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX EN MATIÈRE FISCALE

En matière fiscale, la loi de finances est le texte principal dans lequel figurent près de 80 % des nouvelles dispositions fiscales dont l'examen de la constitutionnalité porte le plus souvent sur le respect des droits fondamentaux des contribuables. Le Conseil a principalement statué sur le respect du principe d'égalité et de la proportionnalité des sanctions fiscales.

1 – L'égalité devant la loi

Le Conseil a censuré une disposition de la loi de finances rectificative pour violation de l'égalité devant la loi. L'article 113 de la loi⁵² instituait une contribution à l'accès au droit et à la justice qui devait être supportée par certains professionnels du droit⁵³. La nouvelle contribution tenait compte, s'agissant des personnes morales imposées, du nombre d'associés exerçant dans la même structure qui était censée représenter l'importance de l'activité de ladite structure. Après avoir rappelé les termes de l'article 6 de la Déclaration de 1789, le Conseil juge ce critère contraire

50. Voir Premier Ministre, SGG, *Lignes directrices pour l'élaboration des études d'impact*, Annexe I : Les études d'impact relatives aux projets de loi de l'article 53 de la Constitution, octobre 2012, p. 40.

51. CE, Ass., 18 déc. 1998, *SARL du Parc d'activités de Blotzeim et SCI Haselaecker*, concl. G. Bachelier, *RFDA*, 1999, p. 315. L'avenant à la Convention franco-portugaise ne semble en effet pas pouvoir entrer dans l'hypothèse prévue par l'article 31 de la convention originelle du 14 janvier 1971 qui, mentionne expressément les procédures constitutionnelles en stipulant que « si, en raison de modifications intervenues dans la législation fiscale de l'un des États contractants ou en raison d'une mesure d'extension prise en vertu des dispositions de l'article 29, il apparaît opportun d'adapter certains articles de la convention sans affecter les principes généraux de celle-ci, les ajustements nécessaires pourront être effectués, d'un commun accord, par voie d'échange de notes diplomatiques ou selon toute autre procédure conforme à leurs dispositions constitutionnelles ».

52. Créant un article 1609 octroiciques du CGI.

53. Commissaire-priseur judiciaire, greffier de tribunal de commerce, huissier de justice, notaire, administrateur ou mandataire judiciaire.

au principe d'égalité devant la loi. Il constate que l'article 113 instaure en réalité une double discrimination ; d'abord entre les personnes physiques et les personnes morales ; ensuite, au sein des personnes morales, en fonction du nombre d'associés. Il estime que, si le nombre d'associés est sans doute révélateur de l'importance de l'activité de la structure, il ne permet pas d'établir que l'activité en cause soit plus importante que celle d'une personne physique ou d'autres personnes morales. En effet ces structures individuelles ou collectives peuvent employer des professionnels salariés et réaliser par conséquent une activité similaire (voire plus importante) que des structures composées de plusieurs associés. En d'autres termes, le critère retenu par le législateur repose sur une présomption d'activité erronée que le Conseil sanctionne. La discrimination ne peut pas être justifiée par ailleurs par un motif d'intérêt général, qui consisterait par exemple à privilégier, pour l'organisation des professions juridiques en cause, une structure individuelle. Par conséquent l'article 113 de la loi, pouvant aboutir à traiter différemment des situations identiques, a été jugé contraire à l'égalité devant la loi. Le Conseil aurait pu prononcer la censure de la seule disposition créant la présomption erronée⁵⁴, mais il a pris en considération les effets de sa décision qui prive les sociétés de la progressivité que la disposition avait tout de même instaurée. Par conséquent la censure du seul alinéa en cause aurait abouti à taxer plus fortement ces structures que d'autres. À cause de cet effet encore plus inégalitaire que celui qui a été sanctionné, le Conseil a choisi de censurer l'ensemble du dispositif prévu par l'article 113 de la loi et, pour la seconde fois d'ailleurs⁵⁵, la contribution à l'accès au droit à la justice.

2 – L'égalité devant les charges publiques

Le principe d'égalité devant les charges publiques a été soulevé à plusieurs reprises par les requérants tant en ce qui concerne la fiscalité des entreprises⁵⁶, les collectivités territoriales⁵⁷ ou la fiscalité personnelle. Ne seront commentées que les questions intéressant la fiscalité des personnes et en particulier l'impôt de solidarité sur la fortune et la retenue à la source. S'agissant de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) le principe d'égalité devant les charges publiques a donné lieu à une

54. L'article 1609 octotricies V du CGI.

55. Voir pour la première censure fondée sur l'incompétence négative du législateur : CC, décis. n° 2015-715 DC, du 5 août 2015, « Loi Macron », cons. 51-52.

56. Acompte de l'impôt sur les sociétés Article 1668 du code général des impôts. Entreprises dont le chiffre d'affaires est supérieur à 5 milliards d'Euros ; Acompte de Taxe sur les surfaces commerciales, Établissements dont la surface de vente excède 2 500 mètres carrés.

57. Baisse des dotations de l'État, égalité devant les charges publiques des collectivités et respect du principe de libre administration.

réserve d'interprétation. Le législateur avait en effet prévu de contrer un mécanisme consistant à éluder l'impôt en faisant appel à une société fictive. La loi prévoyait la réintégration des revenus distribués par une telle société dans le calcul du plafonnement de l'ISF⁵⁸. Les requérants estimaient que ces dispositions, intégrant dans le calcul du plafonnement de l'impôt de solidarité sur la fortune des revenus qui n'ont pas été réalisés et dont le contribuable n'a pas disposé, méconnaissaient l'exigence de prise en compte des facultés contributives. Le Conseil a partiellement souscrit aux arguments soulevés en assortissant la loi d'une réserve d'interprétation. Il a considéré que « la réintégration dans le calcul du plafonnement des revenus distribués à la société contrôlée par le contribuable implique que l'administration démontre que les dépenses ou les revenus de ce dernier sont, au cours de l'année de référence du plafonnement et à hauteur de cette réintégration, assurés, directement ou indirectement, par cette société de manière artificielle »⁵⁹. En d'autres termes, le Conseil a astreint l'administration à apporter la preuve du caractère transparent de la société fictive alors que le législateur avait prévu une présomption de transparence qui aurait pu préjudicier aux contribuables de bonne foi. En revanche, l'article 29 de la loi de finances rectificative⁶⁰, qui exclut de l'exonération de l'ISF la fraction de la valeur des parts d'une société représentative de la part du patrimoine social d'une société détenue directement ou indirectement qui n'est nécessaire ni à sa propre activité ni à celle de la société détenue, n'a pas été jugé contraire à l'égalité devant les charges publiques⁶¹. Cette disposition avait été adoptée afin de contrer la jurisprudence de la Cour de cassation qui s'est montrée stricte et favorable aux contribuables s'agissant de l'interprétation des biens professionnels exclus de l'exonération de l'ISF en jugeant que dans le cadre d'une société *holding*, la limite de l'exonération prévue par l'article 885 O du code général des impôts ne concernait pas les filiales et sous-filiales mais la seule société « tête du groupe »⁶². La loi de finances rectificative avait en réalité pour objectif de lutter contre les comportements frauduleux visant à bénéficier de l'exonération sur la base d'une activité professionnelle fictive et non rémunérée. Or, si l'on admet que les contribuables, y compris ceux qui sont soumis à l'ISF, peuvent être de bonne foi, la mesure, qui remet de surcroît en cause une jurisprudence, aurait appelé, comme celle de la loi de finances,

58. Article 885 V bis du code général des impôts.

59. CC, décis. n° 2016-744 DC, consid. 22.

60. Article 885 O du code général des impôts.

61. CC, décis. n° 2016-743 DC, cons. 18-22.

62. Cass. com. 20 oct. 2015, no 14-19.598 (no 924 FS-PB), DGFIP des Hauts-de-Seine c/ C., *Revue de Jurisprudence Fiscale* n° 1/16, n° 95 ; Concl. Christine Pénichon, même revue C95 ; commentaire Desbuquois J.-F. et Zilberstein B. Feulliet rapide fiscal social, n° 44/15, 29/10/2015.

une réserve d'interprétation limitant les pouvoirs d'appréciation de l'administration fiscale, ce qui n'est pas le cas en l'espèce sans doute parce que le texte prévoit cette hypothèse⁶³. Le Conseil avait pourtant censuré en 2012, une rédaction de l'article 885 O du code général des impôts au motif que le législateur avait défini une assiette sans lien avec les facultés contributives⁶⁴.

Le Conseil constitutionnel a également jugé que le prélèvement à la source ne portait pas atteinte à l'égalité devant les charges publiques. La décision relative à la loi de finances initiale semble avoir rayé du vocabulaire constitutionnel le principe de progressivité de l'impôt car ni les saisines parlementaires, ni la décision du Conseil ne le mentionnent. La progressivité de l'impôt semblait pourtant rattachée à l'article 13 de la Déclaration de 1789 depuis la décision du 21 juin 1993⁶⁵, concernant la déductibilité partielle de la contribution sociale généralisée. La loi de finances pour 2017 prévoit que désormais l'impôt sur le revenu sera établi selon un taux établi par l'administration fiscale. La retenue à la source laisse à l'administration le soin de mettre en œuvre la progressivité de l'impôt sur le revenu qui ne disparaît pas véritablement car elle sera prise en compte par le taux communiqué par l'administration. Toutefois les modalités de calcul de ce taux auraient pu être contestées au regard du principe de progressivité de l'impôt dans la mesure où, dans sa mise en œuvre, la retenue à la source impose le recours à un impôt proportionnel⁶⁶, surtout si le contribuable choisi, comme il en a la faculté, le taux proposé par la loi. Pour le restant, le nouveau mécanisme n'a pas été jugé contraire au principe d'égalité devant les charges publiques tant en ce qui concerne le régime particulier des dirigeants de société et des membres de leur famille qui auraient pu être tentés de profiter du régime transitoire organisé par la loi⁶⁷, qu'en ce qui concerne l'absence de compensation des nouvelles charges pesant sur les tiers collecteurs de l'impôt retenu à la source⁶⁸.

63. La loi prévoit en effet qu'« aucun rehaussement n'est effectué sur le fondement du deuxième alinéa à raison des éléments pour lesquels le redevable, de bonne foi, n'est pas en mesure de disposer des informations nécessaires ».

64. CC, décis. n° 2012-662 DC du 29 déc. 2012, cons. 96.

65. CC, décis. n° 93-320 DC du 21 juin 1993, cons. 32, voir également CC, décis. n° 97-388 DC du 20 mars 1997, cons. 25 ; CC, décis. n° 99-424 DC du 29 décembre 1999, cons. 45 ; CC, décis. n° 2011-638 DC du 28 juillet 2011, cons. 19 et 28 ; CC, décis. n° 2012-654 DC du 9 août 2012, cons. 31-32 ; CC, décis. n° 2012-662 DC du 29 déc. 2012, cons. 16, 25, 47, 120, 122 ; CC, décis. n° 2016-653 QPC, 9 décembre 2016, cons. 6.

66. Contrairement à l'idée communément répandue la progressivité ne résulte pas de l'application d'un taux différent à l'ensemble du revenu progressant en fonction de son ampleur, elle repose sur la division du revenu en tranches qui sont imposées à des taux différents et donnent lieu à un impôt par tranches de revenu dont l'addition correspond à l'impôt total dû. L'actuel barème a du reste été considérablement écrasé en cinq tranches et sa progressivité a donc diminué.

67. Considérant 64.

68. Considérant 65.

3 – Le principe de proportionnalité des sanctions fiscales

Le Conseil constitutionnel a censuré une violation de principe de proportionnalité des sanctions fiscales sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration de 1789. La loi de finances impose aux assujettis à la TVA le signalement à l'administration fiscale par voie électronique de certaines opérations dès lors que leur montant excède, s'agissant d'un achat de biens, 863 000 euros. Cette obligation était assortie d'une amende égale à 1 % de la partie du montant à signaler excédant 863 000 euros. Le Conseil a jugé que le signalement avait pour objet de prévenir l'assujetti contre les conséquences attachées à la participation à un circuit de fraude à la taxe sur la valeur ajoutée. Cette sanction est cependant contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789 car elle n'est pas plafonnée « alors même que la personne sanctionnée ne pouvait savoir que son cocontractant ne reverserait pas la taxe sur la valeur ajoutée »⁶⁹. La violation de l'article 8 de la Déclaration de 1789 n'a pas été retenue en revanche dans l'examen de l'article 14 de la loi de finances rectificative⁷⁰ qui sanctionne les contribuables astreints à la tenue d'une comptabilité en cas de méconnaissance de certaines obligations documentaires découlant de l'article L 47 A II du livre des procédures fiscales et permettant à l'administration de réaliser des traitements informatiques sur les fichiers des écritures comptables. Le manquement des contribuables à leurs obligations est sanctionné d'une amende de 5 000 euros ou dans certains cas d'une majoration de 10 % des droits. Le Conseil n'a pas considéré que cette sanction, proportionnelle et surtout non plafonnée, présentait un caractère disproportionné. Il considère également que le principe de légalité des délits et des peines n'a pas été méconnu et que le législateur, en renvoyant à un arrêté le soin de déterminer certaines modalités techniques, n'a pas méconnu l'étendue de sa compétence. La nouvelle procédure d'examen des comptabilités informatisées à distance, qui vise notamment à contrer des manœuvres dilatoires, est jugée conforme à la Constitution alors surtout qu'elle ne concerne qu'une option du contribuable qui peut toujours laisser l'administration libre de traiter les données informatiques afférentes à sa comptabilité⁷¹.

Éric Oliva

69. Considérant 92.

70. Article 1729 H CGI.

71. Le droit existant des traitements informatiques des données comptable qui résulte de l'article L 47 A II du livre des procédures fiscales permet au contribuable de choisir le mode de traitement qui peut être fait par l'administration ou par lui-même. Lorsque les contribuables réalisent eux-mêmes le traitement de ces données, l'administration a pu constater qu'il n'était pas rare que ce choix soit effectué à des fins dilatoires car les traitements sont très longs à obtenir, coûteux et s'avèrent non pertinents (exposé des motifs de l'article 13 de la loi de finances rectificative).

II – COMMENTAIRES DES DÉCISIONS

– **Décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, M. Georges F. et autre [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence II]**

*PERQUISITIONS ADMINISTRATIVES ET ÉTAT D'URGENCE :
UNE NON-CONFORMITÉ DU RÉGIME ANTÉRIEUR À LA LOI DU 20 NOVEMBRE
2015 SANS EFFETS*

Entre évolution et continuité, la décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autre*, apporte une pierre à l'édifice qu'est l'encadrement de la législation sur l'état d'urgence. Évolution, d'une part, en raison de la non-conformité du régime des perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence applicable du 14 au 20 novembre 2015 dans un contexte exceptionnel de prévalence de la sauvegarde de l'ordre public sur les droits et libertés fondamentaux, suite aux attentats à Paris du 13 novembre. Continuité, d'autre part, du fait de la relative effectivité de ladite solution quant à l'impossibilité de remettre en cause la validité des perquisitions administratives opérées dans cet intervalle, s'inscrivant ainsi dans la lignée jurisprudentielle des décisions QPC relatives aux mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence⁷².

En l'espèce, suite aux événements du 13 novembre 2015, le président de la République déclara le 14 novembre l'état d'urgence par le décret n° 2015-1475, conformément à la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, modifiée par l'ordonnance n° 60-372 du 15 avril 1960. L'objectif était alors de recourir à une « légalité extraordinaire », pour reprendre la qualification d'Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues⁷³, afin de préserver l'ordre public des attaques terroristes. Ainsi, les décrets n° 2015-1476 et n° 2015-1478 autorisaient-ils l'application à l'ensemble du territoire métropolitain et corse des mesures prévues par la loi n° 55-385, et en particulier le recours aux perquisitions administratives de jour comme de nuit⁷⁴. Dès lors, selon les articles 8 et 11 1° de la loi du 3 avril 1955 modifiée, le ministre de l'intérieur et les préfets

72. Voir CC, déc. n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.* ; CC, déc. n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme* ; CC, déc. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'homme*. Pour un commentaire détaillé de ces décisions voir, par exemple, le commentaire d'André Roux in « Jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC* 2016/3 (n° 107), pp. 688-700.

73. Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, « L'état d'urgence de novembre 2015 : une mise en perspective historique et critique », *Jus Politicum*, février-mars 2016, p. 6.

74. Précisons que le décret n° 2015-1493 du 18 novembre 2015 étend le champ d'application de l'état d'urgence aux collectivités d'outre-mer. Par ailleurs, les décrets n° 2015-1476, n° 2015-1478 et n° 2015-1493 n'ont pas rendu applicables les mesures relatives au contrôle de la presse et des publications de toutes natures, visées par le 2° de l'article 11 de la loi n° 55-385 modifiée, de même que la compétence de la juridiction militaire pour juger des crimes et délits.

de département pouvaient ordonner de telles perquisitions à domicile dans les secteurs visés par le décret instituant l'état d'urgence⁷⁵.

Au cours d'une perquisition de nuit en date du 20 novembre 2015, des stupéfiants furent découverts au domicile de M. Georges F., en présence de M. Nordine B. Après avoir formé une requête en nullité des ordres de perquisitions préfectoraux, ces derniers sont remis en liberté en raison de l'imprécision des lieux visés par la décision préfectorale et de l'absence de justification de procéder à une perquisition, de surcroît nocturne. Le procureur général forme alors un recours en cassation dans le cadre duquel les requérants ont présenté chacun une question prioritaire de constitutionnalité.

Les requérants soulevaient dans leur mémoire l'inconstitutionnalité des dispositions du 1° de l'article 11 de la loi n° 55-385, modifiée par l'ordonnance du 15 avril 1960 et dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015, en raison d'une méconnaissance du législateur du droit au respect de la vie privée et à l'inviolabilité du domicile (garanti par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen), du droit à un recours effectif (garanti par l'article 16 du même texte) et, de sa propre compétence en ayant permis aux préfets départementaux et au ministre de l'intérieur d'ordonner des perquisitions de domicile de jour comme de nuit, sans prévoir la moindre garantie légale quant à leurs conditions et motifs (garanti par l'article 34 de la Constitution). Par deux arrêts en date du 21 juin 2016⁷⁶, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a renvoyé les deux questions au Conseil constitutionnel.

Dans la décision n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, *M. Georges F. et autres*, le Conseil constitutionnel a donc été amené à contrôler la conformité à la Constitution les dispositions contestées relatives au régime des perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence. Au regard, d'une part, de la ratification implicite de l'ordonnance du 15 avril 1960 par le législateur lors de l'adoption de la loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances (cons. 6), et, d'autre part, de l'absence de garanties encadrant les motifs et conditions des perquisitions administratives de jour comme de nuit, « [...] le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre

75. Dans la présente affaire, la révision du 1° de l'article 11 opérée par l'adoption de la loi n° 2015-1501 du 20 novembre 2015, prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions, n'était évidemment pas applicable. Ainsi, les garanties prévues par ladite modification du régime des perquisitions administratives n'existaient pas – ce qui justifiera la censure du Conseil constitutionnel. L'élément temporel (14 novembre – 20 novembre) est ici déterminant.

76. Cass. crim., n° 3780, 21 juin 2015 (16-82.176) ; Cass. crim., n° 3781, 21 juin 2015 (16-85.176).

public et le droit au respect de la vie privée » (cons. 8). Conséquemment, et sans porter l'attention sur les autres griefs invoqués par les requérants – à savoir l'incompétence négative du législateur et la violation du droit à un recours effectif – le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions litigieuses contraires à la Constitution (*ibidem*).

Cette déclaration de non-conformité bien qu'intervenant à compter de la publication de la décision – la modification du régime des perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence par la loi n° 2015-1501 évitant un vide juridique (cons. 10) –, le Conseil constitutionnel prend soin de préciser que « la remise en cause des actes de procédure pénale consécutifs à une mesure prise sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives » (cons. 11). Ainsi, « les mesures prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, dans le cadre de l'ensemble des procédures pénales qui leur sont consécutives, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité » (*ibidem*). En d'autres termes, le Conseil constitutionnel prive d'effet utile la déclaration de non-conformité.

Par cette décision, le Conseil constitutionnel tente d'affirmer son rôle de protecteur des droits et libertés fondamentaux en retenant tacitement la non-antériorité à la Constitution de 1958 des dispositions de la loi n° 55-385 (A), ainsi que la ratification implicite de l'ordonnance du 15 avril 1960 (B) et la violation des exigences de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (C). Toutefois, la solution définitive étonne, voire détonne, par son manque de clarté et de rationalité (D) et conforte la prévalence de l'état d'urgence sur l'État de droit. Finalement, pour reprendre l'image de Montesquieu⁷⁷, les sages de la rue Montpensier ont retiré un instant le voile porté sur les droits et libertés pour constater leur présence puis précipitamment le remettre pour ne point que ces statues de dieux ne soient aperçues.

A – LA RECONNAISSANCE IMPLICITE ET DISCUTABLE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DE LA NON-ANTÉRIORITÉ À LA CONSTITUTION DE 1958 DES DISPOSITIONS CONTESTÉES

Il convient à titre liminaire de mettre en perspective la décision commentée avec la décision n° 2016-536 QPC, *Ligue des droits de l'homme*,

77. Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, Chapitre XIX : « Il y a, dans les États où l'on fait le plus de cas de la liberté, des lois qui violent contre un seul, pour la garder à tous [...] j'avoue pourtant que l'usage des peuples les plus libres qui aient jamais été sur la terre, me fait croire qu'il y a des cas où il faut mettre, pour un moment, un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des dieux. »

rendu le 19 février 2016, dans la mesure où elles ont le même objet – les dispositions du 1° de l'article 11 de la loi n° 55-385 – et parce que les requérants ont soulevé les mêmes griefs à l'appui de leur QPC. Pourtant les solutions retenues sont diamétralement opposées. En effet, dans la décision n° 2016-536 QPC, le juge constitutionnel retient que le législateur a prévu des garanties légales encadrant les conditions et les motifs des perquisitions administratives de jour comme de nuit, en précisant que les perquisitions nocturnes doivent être justifiées par l'urgence ou l'impossibilité d'être opérées de jour (cons. 8 à 10). En outre, est soulignée la possibilité pour un justiciable de saisir les juridictions administratives, en ce que les perquisitions administratives sont des mesures de police administrative, et engager la responsabilité de l'État – certes *a posteriori*⁷⁸. Dès lors, les dispositions contestées, non entachées d'incompétence négative, ne méconnaissent pas les exigences du droit au respect de la vie privée et du droit à un recours effectif (cons. 12).

Si un tel écart semble surprenant, il se justifie dans la mesure où les situations entre les deux affaires de février et septembre sont bien différentes. Dans le premier cas, la question soumise au Conseil constitutionnel intervient par renvoi du Conseil d'État⁷⁹ dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir formé par la Ligue des droits de l'homme à l'encontre de la circulaire du 25 novembre 2015 du ministre de l'intérieur relative aux perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence. La demande porte alors sur la conformité à la Constitution des dispositions précitées dans leur rédaction applicable depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-1501. Dans le second cas, comme précisé *supra*, la question posée au Conseil constitutionnel provient d'un renvoi de la Cour de cassation dans le cadre d'une requête en nullité d'ordres de perquisitions préfectoraux produits le 19 novembre 2015. Ainsi, ce sont les dispositions dans leur rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2015-1501 que les requérants contestent. Les deux situations sont donc bel et bien différentes en raison du double aspect temporel : l'un attaché aux dispositions elles-mêmes, l'autre au contexte.

La difficulté ne fait que commencer pour les juges de la rue Montpensier. Pour bénéficier d'un contrôle entier ils devaient dans un premier temps reconnaître être saisis des dispositions dans leur

78. Ce qui n'a pas laissé la doctrine indifférente vis-à-vis de cette solution. Voir par exemple : Julie Alix, « Politique criminelle : les ultimes leçons d'un Conseil constitutionnel », *RCS* 2016, p. 163 et s. ; Olivier Le Bot, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », *RFDA* 2016, p. 436 et s. ; Anne-Sophie Chavent-Leclere, « État d'urgence – Inconstitutionnalité partielle des perquisitions administratives en état d'urgence », Commentaire sous CC, décis. n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Procédures* n° 4, avril 2016, comm. 138 ; Julien Mucchielli, « État d'urgence : le Conseil constitutionnel se penche sur les perquisitions administratives », *Dalloz actualité*, 12 février 2016 ; Agnès Roblot-Troizier, « État d'urgence et protection des libertés », *RFDA* 2016, p. 424 et s.

79. CE, 15 janvier 2016, *Ligue des droits de l'homme*, n° 395092.

rédaction applicable aux litiges, c'est-à-dire telles que modifiées par l'ordonnance n° 60-372 (ci-après, « l'Ordonnance »), pour ensuite, dans un second temps, attester d'une ratification implicite de celle-ci par le législateur.

Si la décision n° 2016-567/568 QPC n'est pas explicite sur le premier point, le commentaire officiel du Conseil constitutionnel nous éclaire sur le cheminement intellectuel du juge dans cette affaire.

Tout d'abord, en estimant que l'Ordonnance n'avait aucunement modifié la nature ou le contenu de la loi n° 55-385 en ce qui concerne les dispositions litigieuses⁸⁰, l'objet du contrôle aurait porté sur les dispositions de ladite loi qui, bien qu'antérieure à 1958, pouvaient faire l'objet d'un examen de conformité à la Constitution dans le cadre de la procédure de QPC⁸¹. Or, la conséquence aurait été grande pour le contrôle du juge constitutionnel. Le grief tiré de l'incompétence négative du législateur aurait pu être rejeté puisque « si la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la constitution garantit, elle ne saurait l'être à l'encontre d'une disposition législative antérieure à la Constitution du 4 octobre 1958 » (CC, décision n° 2010-28 QPC, du 17 septembre 2010, *Association Sportive Football Club de Metz*, cons. 9)⁸². Pour parvenir à la reconnaissance d'une telle modification, il convenait de s'intéresser à l'objet et aux effets de l'Ordonnance. Par cet acte, l'exécutif avait modifié non pas le 1° de l'article 11 de la loi n° 55-385, mais le premier alinéa par cohérence avec les nouvelles modalités de déclaration et de prorogation de l'état d'urgence précisant « (la suite [de l'article] sans changement) »⁸³. La logique aurait voulu que le Conseil ne retienne pas la modification en ce qui concerne les dispositions litigieuses. Or, comme l'indique le commentaire officiel : « L'article 11 a été réécrit par l'ordonnance du 15 avril 1960 et même si une partie de ses dispositions est demeurée « sans changement », il n'en reste pas moins que l'ensemble de l'article 11, et en particulier celles de ses dispositions qui sont contestées dans les présentes QPC, résulte bien de cette ordonnance »⁸⁴.

80. Comme le soutenait le gouvernement. Voir le commentaire officiel du Conseil constitutionnel, pp. 6-7.

81. Les dispositions antérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution de la V^e République sont considérées comme des « dispositions législatives » entrant dans le champ de l'article 61-1 de la Constitution. Voir : CC, décis. n° 2010-52 QPC, du 14 octobre 2010, *Cie agricole de la Crau* ; CE, 15 juillet 2010, n° 322419, *Cie agricole de la Crau*.

82. Confirmé par : CC, décis. n° 2010-73 QPC, du 3 décembre 2010, *Société ZETurf Limited (Paris sur les courses hippiques)* ; CC, décis. n° 2015-506 QPC, du 4 décembre 2015, *M. Gilbert A. (Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition)*.

83. Pour en savoir plus, voir le commentaire officiel du Conseil constitutionnel, p. 7.

84. *Ibidem*.

Force est de constater que le raisonnement est difficile à comprendre et il n'est alors pas étonnant que la décision n'indique à aucun moment ce problème juridique d'antériorité de la loi à 1958. Comme l'indiquent les deux QPC renvoyées par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, la demande concerne exclusivement les dispositions du 1^o de l'article 11 de la loi n^o 55-385. Celles-ci n'ont point été modifiées par l'Ordonnance, seul le premier alinéa l'ayant été. Souvenons-nous de leurs rédactions en 1955 et en 1960. En 1955 : « La loi prorogeant l'état d'urgence peut, par une disposition expresse : 1^o Conférer aux autorités administratives visées à l'article 8 le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit ; [...] ». En 1960 : « Le décret déclarant ou la loi prorogeant l'état d'urgence peuvent, par une disposition expresse : 1^o Conférer aux autorités administratives visées à l'article 8 le pouvoir d'ordonner des perquisitions à domicile de jour et de nuit ; [...] ». En quoi l'Ordonnance a-t-elle modifié l'ensemble de l'article 11, et en particulier les dispositions contestées, d'autant que l'article 8 de la loi n^o 55-385 reste inchangé ? Le Conseil constitutionnel n'apporte aucune réponse sur ce point, se contentant, dans son commentaire⁸⁵ de rappeler qu'une simple retouche formelle d'une disposition législative antérieure à 1958 reprise par le législateur permet de soulever son incompétence négative⁸⁶. Certains estimeront que l'ajout dans le premier alinéa du « décret déclarant l'état d'urgence » élargit l'application de l'article 11 et par conséquent de son 1^o. Cette justification est recevable, en théorie. Seulement, ceci sous-entendrait que la déclaration d'état d'urgence, avant 1960, ne permettait aucune perquisition administrative puisque l'article 11 ne prévoyait que le cas de la loi prorogeant l'état d'urgence. Ceci aurait été intrigant vis-à-vis d'une situation de « péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public » ou de « calamité publique », pour reprendre les termes de l'article 1^{er} de la loi n^o 55-385, mais compréhensible en ce sens que la déclaration impliquerait un état d'urgence « simple » et la prorogation, en raison de la persistance du péril ou de la calamité, un état d'urgence « aggravé »⁸⁷, nécessitant des atteintes aux droits et libertés fondamentaux. En réalité, entre 1955 et 1960, l'application de la loi n^o 55-385 par la loi n^o 56-487 du 17 mai 1958 déclarant l'état d'urgence sur le territoire métropolitain⁸⁸ illustre la confusion entre la loi déclaratoire et la loi de prorogation et donc entre l'état d'urgence « simple » et l'état d'urgence « aggravé ». En son article unique, la loi n^o 56-487 déclare

85. *Ibidem*.

86. CC, décis. n^o 2015-506 QPC, précitée (cons. 11).

87. Pour reprendre la distinction de Roland Drago. Voir, Roland Drago, « L'état d'urgence et les libertés publiques », *RDP*, 1955, p. 675 et s.

88. Pour plus d'information sur l'application de l'état d'urgence entre le 17 mai 1958 et le 1^{er} juin 1958, voir la minutieuse étude juridique de l'état d'urgence d'Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, *art. cit.*, pp. 62-69.

l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire métropolitain pour une durée de trois mois à compter de sa promulgation, ou jusqu'à un changement de Gouvernement intervenant avant le terme, et précise : « L'état d'urgence ainsi déclaré emporte pour sa durée application de l'article 11 de la loi précitée du 3 avril 1955. » Cet épisode d'état d'urgence déclaré, le seul ayant existé entre 1955 et 1960, permet de supposer l'intention du législateur à travers la mise en œuvre de la loi n° 55-385 qui dans son article 11 ne se restreint pas à la simple prorogation de l'état d'urgence.

Dès lors, l'argumentation du Conseil constitutionnel est fragilisée. La justification du contrôle de l'incompétence négative du législateur dans cette affaire est surprenante puisque, d'une part, la non-conformité n'est pas due pour incompétence négative mais pour disproportion entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et les garanties de l'article 2 de la Déclaration de 1789, d'autre part, que les effets de la non-conformité sont fortement réduits. Finalement, les sages de la rue Montpensier ont probablement cherché à se positionner en défenseur des droits et libertés des citoyens dans un contexte exceptionnel, après diverses attaques de la doctrine et des associations de défense des droits de l'homme à son encontre suite aux décisions n° 2015-527 QPC, n° 2016-535 QPC et n° 2016-536 QPC. L'intention aurait été louable si elle ne s'était pas heurtée aux effets relatifs de la déclaration d'inconstitutionnalité (voir *infra*). Quoi qu'il en soit, c'est en souhaitant revendiquer son rôle de gardien des droits et libertés fondamentaux que le Conseil constitutionnel a reconnu la ratification implicite de l'Ordonnance et ainsi mettre un terme à un flou juridique quant à la nature des dispositions de la loi n° 55-385 modifiées par ladite ordonnance.

B - LA RECONNAISSANCE CERTAINE DE LA RATIFICATION IMPLICITE DE L'ORDONNANCE DU 15 AVRIL 1960

La révision de la loi n° 55-385 par l'Ordonnance créa une seconde difficulté. Si les dispositions litigieuses ont été modifiées par une telle ordonnance, encore fallait-il que celles-ci soient de nature législative pour faire l'objet d'un examen dans le cadre de la procédure de QPC. Si en février ladite qualité des dispositions de l'article 11 de la loi n° 55-385 n'était nullement en question, ayant été modifiées le 20 novembre 2015 par le législateur, il en alla autrement de leur rédaction antérieure. Le point central de la question soumise au Conseil constitutionnel fut de savoir si l'objet dont il était saisi entrainait dans le champ d'application de l'article 61-1 de la Constitution en raison de la modification en 1960 de l'article 11 de la loi n° 55-385 par l'Ordonnance dont était issue la rédaction applicable aux litiges. En somme, cette ordonnance prise en application de l'article 38 de la Constitution avait-elle été ratifiée

explicitement ou implicitement par le législateur, sans quoi la disposition litigieuse n'aurait pu faire l'objet d'un contrôle de la part du Conseil constitutionnel⁸⁹ ?

Effectivement, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que de dispositions de nature législative dans le cadre de son contrôle *a posteriori* prévu par l'article 61-1 de la Constitution⁹⁰. Or, si une ordonnance de l'article 38 de la Constitution permet au gouvernement, sur habilitation du Parlement, d'intervenir dans le domaine de la loi dans un délai déterminé, celle-ci conserve un caractère réglementaire jusqu'à sa ratification par le législateur. Si la révision constitutionnelle impose depuis 2008⁹¹ que la ratification soit explicite – c'est-à-dire de manière expresse par le législateur –, il demeure qu'« [a]ntérieurement à la modification de l'article 38 de la Constitution [...], la ratification de tout ou partie des dispositions d'une ordonnance prise en application de l'article 38 de la Constitution pouvait résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'impliquait nécessairement » (cons. 5). Le juge constitutionnel rappelle ici sa jurisprudence traditionnelle initiée avec la décision n° 72-73 L du 29 février 1972 (« [...] par suite, cette ratification peut résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le Parlement », cons. 3), et précisée par la décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 (« [...] en principe il n'est pas exclu que la ratification de tout ou partie des dispositions d'une des ordonnances visées à l'article 38 de la Constitution puisse résulter d'une loi qui, sans avoir cette ratification pour objet direct, l'implique nécessairement », cons. 24)⁹².

89. En l'absence de ratification explicite – ou implicite pour les ordonnances antérieures à la révision constitutionnelle de 2008 modifiant l'article 38 de la Constitution – les dispositions des ordonnances conservent leur caractère réglementaire. La compétence du contrôle revient alors au Conseil d'État. Voir : CC, décisis. n° 72-73 L, du 29 février 1972, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises* ; CC, décisis. n° 86-224 DC, du 23 janvier 1987, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* ; CC, décisis. n° 2004-506 DC, du 2 décembre 2004, *Loi de simplification du droit* ; CC, décisis. n° 2011-219 QPC, du 10 février 2012, *M. Patrick É.* ; CE, 2 avril 2003, n° 246748, *Conseil régional de Guadeloupe* ; CE, 29 octobre 2004, n° 269814, *M. Sueur et autres* ; CE, 11 mars 2011, n° 341658, *Benzoni* ; CE, 13 juillet 2016, n° 396170, *Syndicat national des entreprises des loisirs marchands et autres* ; Cass. com., 6 octobre 1992, n° 90-16755.

90. L'alinéa 1^{er} de l'article 61-1 de la Constitution dispose : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

91. Voir, la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, article 14. Attention, ces dispositions ne sont pas rétroactives et ne peuvent donc impacter la ratification des ordonnances antérieures à 2008. Voir, CC, décisis. n° 2014-392 QPC, du 25 avril 2014, *Province Sud de Nouvelle-Calédonie*.

92. Les jurisprudences du Conseil d'État, de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel coïncident sur ce point. Voir notamment : CE, 29 octobre 2004, précitée ; Cass. com., 6 octobre 1992, précitée ; CC, décisis. n° 2004-506 DC, précitée.

L'implication nécessaire permet ainsi d'élargir le spectre des ratifications implicites, notamment dans la présente décision. En estimant que le fait de proroger l'état d'urgence par l'adoption d'une loi, conformément à la loi n° 55-385 modifiée, le législateur a nécessairement ratifié ladite ordonnance (cons. 6 de la décision commentée) – car il s'agit purement et simplement, en l'appliquant, de reconnaître son existence (et par ailleurs, comment le Parlement pourrait-il se sentir lié par des normes infralégislatives ?) – le Conseil constitutionnel reconnaît la nature législative des dispositions contestées. Encore faut-il déterminer, en l'absence de loi de ratification, si à un moment ou à un autre entre le 15 avril 1960 et le 20 novembre 2015 le législateur a reconnu implicitement la valeur législative de la présente ordonnance. Si le juge constitutionnel repose son argumentation – à juste titre – sur le rétablissement de l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie du 25 janvier au 30 juin 1985 par la loi n° 85-96, faisant explicitement référence à la loi n° 55-385 (alors modifiée par l'Ordonnance), d'autres voies étaient cependant envisageables pour parvenir au même résultat : l'une discutable en ce qu'il provient d'une situation particulière sous la présidence de Charles de Gaulle, l'autre moins évidente en raison d'un jeu de référencements à travers la ratification expresse de la partie législative du Code de la défense.

Selon Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, la ratification de l'ordonnance peut remonter à la décision du Président Charles de Gaulle du 24 avril 1961 prorogeant l'état d'urgence :

« Cette décision intervient en effet dans le domaine législatif, car, au titre des pouvoirs tirés de l'article 16, le Chef de l'État se substitue au Parlement pour décider la prorogation de l'état d'urgence. L'acte a donc valeur législative et peut faire acquérir cette valeur à un acte de nature réglementaire. Preuve que l'Ordonnance fut bien implicitement ratifiée par cette décision du général de Gaulle de 1961, le texte de 1960 figure aux visas de ladite décision. »⁹³

Il est vrai que par l'application de l'article 16 de la Constitution, le Président de la République peut intervenir dans le domaine de la loi et adopter des actes de valeur législative. La prorogation d'un état d'urgence relève d'ailleurs du domaine de la loi, conformément à l'Ordonnance, seul le législateur étant compétent pour une telle action. Ainsi, et en toute logique, la prolongation de l'état d'urgence par Charles de Gaulle implique nécessairement, en tant qu'il se substitue au législateur, ratification implicite de l'Ordonnance. Cette analyse nous semble pourtant discutable en raison de l'esprit de l'article 38 de la Constitution. La loi de ratification prévue par celui-ci a pour effet de garantir un contrôle du Parlement sur les ordonnances effectuées par l'exécutif, étant donné l'intervention de ce dernier

93. Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues, *art. cit.*, p. 76.

dans le domaine de compétences du premier. De plus, l'exécutif ne peut pas empêcher, par le recours à l'article 38, le Parlement d'exercer ses droits, notamment le droit d'amendement, d'où l'importance de la ratification par le législateur⁹⁴. La révision constitutionnelle de 2008 insiste en ce sens, prévoyant désormais une ratification expresse du Parlement. Reconnaître que la décision du 24 avril 1961 du Président de la République a ratifié l'Ordonnance irait alors à l'encontre de l'esprit de la Constitution, d'autant plus que l'article 16 est une substitution temporaire et exceptionnelle du législateur au Président de la République et que ce dernier ne représente pas le pouvoir législatif, mais exécutif⁹⁵.

Enfin, le Conseil constitutionnel aurait pu retenir la ratification implicite du législateur en se fondant sur l'article 1^{er} de la loi n° 2005-1550 du 12 décembre 2005 modifiant diverses dispositions relatives à la défense. Cet article prévoit : « L'ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense est ratifiée. » Or, l'ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense a codifié l'article L. 2131-1 dans ledit code. Celui-ci dispose que « [l]es règles relatives à l'état d'urgence sont définies par la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 [...] ». Conséquemment, le législateur en ratifiant l'ordonnance n° 2004-1374 instaurant l'article L. 2131-1 du Code de la défense, référant à la loi n° 55-385 relative à l'état d'urgence, a par un jeu de références ratifié implicitement l'Ordonnance conformément à la jurisprudence constitutionnelle (notamment les décisions n° 86-224 DC et n° 2004-506 DC précitées).

Il n'était donc pas contestable qu'une ratification ait eu lieu entre le 15 avril 1960 et le 20 novembre 2015, plusieurs raisonnements possibles s'offrant au juge en ce sens. Les dispositions contestées entraient donc bel et bien dans le champ d'application de l'article 61-1 de la Constitution.

C – UNE NON-CONCILIATION PRÉVISIBLE DU DROIT AU RESPECT DE LA VIE PRIVÉE ET DE LA SAUVEGARDE DE L'ORDRE PUBLIC

Sur le contrôle de conformité à la Constitution du 1^o de l'article 11 de la loi n° 55-385 modifiée, le juge constitutionnel ne s'étend que peu sur la question. Sa position est claire, les dispositions contestées sont

94. CC, déc. n° 99-421 DC, du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, cons. 18.

95. Nous comprenons toutefois la position des auteurs Olivier Beaud et Cécile Guérin-Bargues pour qui « [i]l eût été néanmoins surprenant que le droit de l'état d'urgence demeurât à valeur partiellement réglementaire de 1960 à 2005 » (*art. cit.*, p. 76). Leur démonstration reste valable juridiquement, sauf à postuler, comme nous le faisons, l'esprit de l'article 38 de la Constitution quant à l'équilibre des pouvoirs.

non-conformes à la Constitution, et plus précisément au droit au respect de la vie privée garanti par l'article 2 de la Déclaration de 1789 (cons. 7 et 8)⁹⁶. Après avoir rappelé sa jurisprudence traditionnelle sur la compétence du législateur pour prévoir l'état d'urgence (cons. 7)⁹⁷, le Conseil constitutionnel a constaté l'absence de garanties légales dans le régime des perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence. De ce fait, « le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée » (cons. 8). Aucun commentaire particulier n'est à faire sur ce point : la solution était évidente, la brièveté du régime des perquisitions administratives en cause se suffisant à elle-même – si nous pouvons parler de véritable régime étant donné que les deux seules conditions tenaient à l'autorité compétente et le champ géographique applicable. Le législateur avait, à ce titre, lui-même admis dans l'étude d'impact de la loi n° 2015-1501 que « [c]ompte tenu de l'atteinte que les perquisitions portent à la liberté personnelle des personnes qu'elles visent, il est nécessaire de les encadrer précisément [...] »⁹⁸. D'où la révision de l'article 11 de la loi n° 55-385 fin 2015.

Outre l'évidence, cette issue s'inscrit dans la continuité de la décision n° 2016-536 QPC (précitée) quant à la protection des droits. Le régime modifié des perquisitions administratives de jour et de nuit dans le cadre de l'état d'urgence par la loi n° 2015-1501 fut validé par le Conseil constitutionnel en raison de la présence de garanties légales et d'une conciliation non-manifestement déséquilibrée entre l'article 2 de la Déclaration de 1789 et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public (cons. 8 à 12 de la décision n° 2016-536 QPC, précitée). Si la doctrine s'est émue d'une telle décision le 19 février 2016, en raison

96. L'inconstitutionnalité est si flagrante que le Conseil constitutionnel ne s'attarde ni sur les explications, ni sur les autres griefs soulevés par les requérants.

97. « Considérant que la Constitution n'exclut pas la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence ; qu'il lui appartient, dans ce cadre, d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et, d'autre part, le respect des droits et libertés reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que parmi ces droits et libertés figurent la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Voir, CC, décis. n° 2015-527 QPC, *M. Cédric D.*, précitée (cons. 8) ; CC, décis. n° 2016-536 QPC, *Ligue des droits de l'homme*, précitée (cons. 5). Auparavant, CC, décis. n° 85-187 DC, du 25 janvier 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances* (cons. 4) : « Considérant que, si la Constitution, dans son article 36 vise expressément l'état de siège, elle n'a pas pour autant exclu la possibilité pour le législateur de prévoir un régime d'état d'urgence pour concilier, comme il vient d'être dit, les exigences de la liberté et la sauvegarde de l'ordre public ».

98. Voir le 2.2.4.3. de l'étude d'impact du 17 novembre 2015 pour le projet de loi prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3225-ei.asp>.

d'une conformité discutable⁹⁹ – les perquisitions administratives étant perçues comme plus liberticides que les perquisitions judiciaires – au point que certains auteurs dénoncent un reniement et un détournement des garanties judiciaires apportées par la procédure pénale par l'intermédiaire d'un « droit administratif de la sécurité »¹⁰⁰, retenir la constitutionnalité des dispositions examinées aurait été délicat et difficilement justifiable pour le Conseil constitutionnel.

En définitive, le Conseil constitutionnel assume ici son rôle de protecteur des droits et libertés fondamentaux au point d'avoir recherché à tout prix une ratification implicite de l'Ordonnance et que celle-ci ait véritablement modifié la loi n° 55-385 pour ne pas se confronter au problème de l'antériorité de ladite loi à 1958. Ceci est à souligner dans le contexte de l'état d'urgence puisque jusqu'alors, la jurisprudence constitutionnelle, au nom de la sauvegarde de l'ordre public justifiée par la lutte contre le terrorisme, acceptait aisément les atteintes à la liberté, en atteste notamment la décision n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015, *M. Cédric D.*, où étrangement aucune atteinte à la liberté d'aller et de venir n'est retenue en raison d'un seuil temporel arbitraire de 12 heures au-delà duquel la mesure serait privative de liberté¹⁰¹. En ce sens, la décision n° 2016-567/568 QPC procède d'une évolution de l'approche du juge constitutionnel sur son rôle de gardien des droits et libertés fondamentaux¹⁰². C'est du moins ce que nous aurions pu penser, si le Conseil constitutionnel n'avait pas privé sa décision d'effectivité.

D – « L'HYPOCRISIE » DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL : LE REFUS DISCUTABLE DE LA REMISE EN CAUSE DES PERQUISITIONS ET DES MESURES SUBSÉQUENTES DANS LE CADRE DES PROCÉDURES PÉNALES

À peine a-t-il revêtu ses habits de protecteur des droits et libertés fondamentaux dans un contexte de législations exceptionnelles, laissant

99. Voir par exemple : Julie Alix, *art. cit.* ; Olivier Le Bot, *art. cit.* ; Anne-Sophie Chavent-Leclère, *art. cit.* ; Agnès Roblot-Troizier, *art. cit.* ; Entretien avec Patrice Spinosi, « Lutte contre le terrorisme – « L'action que nous avons menée n'a jamais eu pour but de désarmer l'État face à la menace terroriste. Mais l'état d'urgence est-il encore utile pour assurer cette finalité ? » », *La Semaine Juridique, Édition Générale* n° 11, 14 mars 2016, 280.

100. Voir par exemple : Cédric Ribeyre, « État d'urgence – Perquisitionner mais pas copier ! », note sous CC, décis. n° 2016-536 QPC, du 19 février 2016, *La Semaine Juridique, Édition Générale* n° 16, 18 avril 2016, 477 : « Va-t-on encore longtemps laisser grossir ce droit administratif de la sécurité au détriment des garanties judiciaires apportées par la procédure pénale ? ».

101. Sur ce point, voir le commentaire d'André Roux dans la *RFDC*, *art. cit.*, p. 691-692.

102. Notre regard doit être relativisé en ce que le Conseil constitutionnel a déclaré non-conforme à la Constitution les dispositions relatives à la saisie des données informatiques lors des perquisitions administratives de l'article 11 de la loi n° 55-385 modifiée par la loi n° 2015-1501. Voir, CC, décis. n° 2016-536 QPC, précitée (cons. 14 à 16).

présager de la prévalence de l'État de droit, que le Conseil constitutionnel se régle en estimant que : « [...] la remise en cause des actes de procédure pénale consécutifs à une mesure prise sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, les mesures prises sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, dans le cadre de l'ensemble des procédures pénales qui leur sont consécutives, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité » (cons. 11 de la décision commentée). Le juge constitutionnel accueille ainsi la demande du Gouvernement de moduler les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions litigieuses, conformément à l'article 62 de la Constitution. Cette position « hypocrite »¹⁰³ du Conseil constitutionnel est discutable en raison de son incohérence et des faibles effets d'une telle inconstitutionnalité pourtant flagrante, au point d'être reconnue par le législateur lui-même¹⁰⁴.

Deux points, selon nous¹⁰⁵, sont sujets à discussion dans ce considérant : la « [méconnaissance] de l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public » et les « conséquences manifestement excessives ».

Tout d'abord, s'agissant de la méconnaissance de l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public, le raisonnement du juge constitutionnel porte à confusion. Dans un premier temps, celui-ci estime disproportionné le rapport entre ledit objectif et le droit au respect de la vie privée (cons. 8), pour ensuite, dans un second temps, restreindre la portée de la non-conformité au nom du même objectif.

Posons le problème de manière mathématique. Pour que la proposition X soit valable, il convient d'avoir un équilibre entre A et B – que nous présenterons sous la forme $A = B$. S'il y a disproportion en défaveur de B, la relation deviendra $A > B$. S'il y a disproportion en défaveur de A, la relation sera $A < B$. Déterminons X comme étant la proposition suivante : « Le régime des perquisitions administratives est constitutionnel ». A est alors l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et B les garanties de l'article 2 de la Déclaration de 1789. En l'espèce, X n'est pas valable puisque $A > B$ (que nous notons « non-X »).

103. Nous reprenons ici le jugement porté par Maître Spinosi sur le verdict du Conseil constitutionnel et rapporté par Caroline Fleuriot. Voir, Caroline Fleuriot, « État d'urgence : l'ancien régime des perquisitions retoqué », *Dalloz actualité*, 26 septembre 2016.

104. Paul Cassia, « Les perquisition de l'état d'urgence devant le Conseil constitutionnel : acte II », Le Blog de Paul Cassia, *Médiapart*, 23 septembre 2016 – consulté le 20 octobre 2016 à l'adresse suivante : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/230916/les-perquisitions-de-l-etat-d-urgence-devant-le-conseil-constitutionnel-acte-ii> ; Marie-Christine de Montecler, « Une déclaration d'inconstitutionnalité sans conséquences », *AJDA* 2016, p. 1776.

105. Également en ce sens, Paul Cassia, *art. cit.*

Introduisons C comme étant le résultat $A > B$, soit non-X. Ainsi, $C = (A > B) = (\text{non-X})$. Autrement dit, C représente l'inconstitutionnalité du régime. Dès lors, si $C > A$, $\text{non-X} > A$, $(A > B) > A$, puis $A > B > A$ et *in fine*, $A > A$. Conséquemment, ceci revient à dire que l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public serait méconnu par lui-même. Certes, en réalité, le Conseil constitutionnel précise que c'est « la remise en cause des actes de procédure pénale consécutifs à une mesure prise sur le fondement des dispositions contraires à la Constitution » qui porterait atteinte à l'objectif. Mais, C implique *a priori* nécessairement cela. Le manque de logique de la part du gardien des droits et libertés explique la réaction de Paul Cassia, dénonçant un manque de motivation du Conseil constitutionnel et une décision arbitraire de celui-ci¹⁰⁶. Cette solution est d'autant plus étrange que le Conseil constitutionnel n'avait aucunement objecté à l'inconstitutionnalité des saisies des données informatiques, dans sa décision n° 2016-536 QPC (précitée), un tel argument. Au contraire, avait été précisé que « la déclaration d'inconstitutionnalité [...] prend effet à compter de la date de la publication de la présente décision ; qu'elle peut être invoquée dans toutes les instances introduites à cette date et non jugées définitivement » (cons. 16 de ladite décision).

Généralement, l'objectif à valeur constitutionnelle utilisé dans une telle situation est celui de la recherche des auteurs d'infractions (comme dans la décision n° 2015-506 QPC, précitée). Mais, dans le cadre de la présente affaire, étant dans le domaine de mesures de police administrative, il aurait été difficilement acceptable de l'appliquer sans remettre en cause les définitions des perquisitions administratives et des mesures de police administrative – étant conçues comme des actes de prévention. Appliquer l'objectif habituel aurait également reconnu, comme le soutient une partie de la doctrine¹⁰⁷, le caractère pénal véritable des perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence est par conséquent probablement remis en cause par l'attribution au juge administratif du contrôle de ces mesures. Mais rien ne justifiait que le Conseil constitutionnel restreigne la portée de sa déclaration de non-conformité.

En effet, s'agissant des « conséquences manifestement excessives », le manque de motivation du Conseil constitutionnel (dans sa décision et son commentaire officiel) et du Gouvernement ne convainc pas. Est-ce que la remise en cause de 780 perquisitions inconstitutionnelles opérées entre le 14 novembre et le 20 novembre 2015 à l'origine de poursuites pénales sont manifestement excessives ? D'ailleurs seules quatre poursuites furent

106. *Ibidem*.

107. Voir par exemple, Julie Alix, *art. cit.*

en lien avec le terrorisme, et donc 776 sans rapport avec la justification du recours à l'état d'urgence¹⁰⁸. La lutte contre le terrorisme sert de bouclier à l'action de l'administration alors que, comme l'affirme le Premier président de la Cour de cassation au sujet des perquisitions administratives : « En réalité, l'administration n'use pas bien sûr de ces pouvoirs à l'aveuglette mais sur la foi de renseignements, c'est-à-dire de soupçons, d'indices d'un crime ou d'un délit en préparation, ce qui constitue aussi un fait générateur possible de l'enquête et de la garde à vue décidée par la police judiciaire, quand on confine à la tentative ou que l'on se situe dans les actes préparatoires du crime ou du délit. »¹⁰⁹

En définitive, la décision n° 2016-567/568 QPC déclarant le régime des perquisitions administratives antérieures à la modification de la loi n° 55-385 par la loi n° 2015-1501 non-conforme à la Constitution pour disproportion entre l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée, s'avère être un bel exemple de la confrontation État de droit et état d'urgence, de quoi réveiller les débats entre les partisans de la conception de Carl Schmitt et celle de Hans Kelsen : incompatibilité de l'exception avec l'État de droit ou encadrement de l'exception ?

Cédric Bernard

– **Décision n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016, *La Quadrature du Net et autres [Surveillance et contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne]***

LA FIN DE « L'EXCEPTION HERTZIENNE » DURANT L'ÉTAT D'URGENCE

La collaboration croissante des juges administratif, judiciaire et constitutionnel traduit une volonté de perfectionnement du système normatif dans l'objectif d'une justice plus efficiente. Ainsi, la recherche de suppression de dispositions non conformes à la Constitution ainsi qu'aux droits et libertés qu'elle garantit, amplifiée par la création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), s'inscrit dans ce processus. La décision n° 2016-590 QPC du 21 octobre 2016, *La Quadrature du Net et autres*, dans laquelle le Conseil constitutionnel déclare non conforme

108. Les chiffres proviennent de l'Assemblée Nationale et du rapport d'enquête de la Ligue des droits de l'homme. Voir, Assemblée nationale, Service des affaires juridiques, Communication sur le contrôle de l'état d'urgence, Réunion de la commission des Lois du 13 janvier 2016, 12 janvier 2016 (disponible sur le site officiel de l'Assemblée nationale) ; Assemblée nationale, Rapport de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, n° 3784, 25 mai 2016 ; FIDH, *Mesures antiterroristes contraires aux droits humains. Quand l'exception devient la règle*, Rapport de mission international d'enquête, Juin 2016, n° 676f (disponible sur le site de LdH).

109. Propos rapportés in Olivier Le Bot, *art. cit.*

à la Constitution l'article L. 811-5 du Code de la sécurité intérieure (CSI), dans sa rédaction issue de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement, en constitue une nouvelle illustration.

Le contexte politico-social dans lequel s'inscrit cette décision présente une particularité. En effet, suite aux attentats terroristes de Nice, l'état d'urgence, déjà mis en place depuis le 26 novembre 2015, a été reconduit pour une durée de six mois par la loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi no 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste. Dans ce cadre restreignant l'exercice de certaines libertés, les juges démontrent une vigilance accrue, notamment lorsque les dispositions contestées portent sur des sujets sensibles, tels la sécurité et le renseignement. L'article L. 811-5 du Code de la sécurité intérieure¹¹⁰, contesté devant le Conseil constitutionnel, mêle des problématiques pour le moins antagonistes : interception par les pouvoirs publics de transmissions empruntant la voie hertzienne et secrète des correspondances.

Les requérants, trois associations¹¹¹ de défense des droits et libertés sur Internet et un fournisseur d'accès à Internet¹¹² ont respectivement saisi le Conseil d'État de recours pour excès de pouvoir tendant à l'annulation de quatre décrets afférents au renseignement. À l'occasion de leurs recours, directement formés devant le Conseil d'État grâce aux dispositions de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative¹¹³, les requérants ont soulevé quatre QPC identiques, jointes par le juge administratif pour statuer par une seule décision. Ils invoquaient, d'une part, une méconnaissance du droit au respect de la vie privée et familiale consacré par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) et de l'article 16 concernant le recours effectif et, d'autre part, ils soutenaient qu'en soustrayant certaines transmissions empruntant la voie hertzienne à tout encadrement, le législateur aurait méconnu l'étendue de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution.

Face à ces recours pour excès de pouvoir, le garde des Sceaux a opposé un moyen tiré de l'absence d'intérêt donnant qualité pour agir aux requérants, rendant leur action et, de fait, la QPC, irrecevables. Défense

110. Article L. 811-1 du Code de la sécurité intérieure : « Les mesures prises par les pouvoirs publics pour assurer, aux seules fins de défense des intérêts nationaux, la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne ne sont pas soumises aux dispositions du présent livre, ni à celles de la sous-section 2 de la section 3 du chapitre I^{er} du titre III du livre I^{er} du Code de procédure pénale. »

111. *La Quadrature du Net* ; French Data Network et la Fédération des fournisseurs d'accès à Internet associatifs.

112. *Igwan.net*.

113. Article R. 311-1 du Code de justice administrative : « Le Conseil d'État est compétent pour connaître en premier et dernier ressort : 1° Des recours dirigés contre les ordonnances du président de la République et les décrets ; [...] ».

des intérêts nationaux contre défense des libertés fondamentales, la mission du juge administratif dans ce contexte particulier pouvait sembler embarrassante. Alors que l'article R* 771-17 du Code de justice administrative prévoit que le Conseil d'État, intervenant comme juge de cassation, n'est pas tenu d'examiner la recevabilité du pourvoi avant de transmettre la QPC au Conseil constitutionnel, aucun texte législatif ou réglementaire ne prévoit une telle procédure lorsqu'il agit comme juge de premier et dernier ressort.

Le Conseil d'État a forgé sa propre règle en la matière et a réemployé, en l'espèce, la formule utilisée pour la première fois en 2014¹¹⁴, selon laquelle, saisi en premier et dernier ressort, il n'est pas tenu de statuer au préalable sur la recevabilité de la requête avant le renvoi de la question au Conseil constitutionnel. Ainsi, lorsqu'une QPC accompagne la requête, le Conseil d'État peut privilégier son rôle de « filtre », voire de juge constitutionnel, en s'autorisant à refuser d'examiner la recevabilité de la demande avant une éventuelle transmission au Conseil constitutionnel. Dans le cas d'espèce, le recours à sa propre règle procédurale permet au Conseil d'État de rejeter la fin de non-recevoir opposée par le ministre de la Justice et de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC à laquelle – à l'évidence – il attribue un caractère *très* sérieux. Toutefois, si l'accès au Conseil constitutionnel semble facilité par le dépôt d'une requête irrecevable, le Conseil d'État, dans les termes employés¹¹⁵, se réserve la possibilité de rejeter des QPC liées à de telles requêtes¹¹⁶.

Pour parvenir à déclarer non conforme à la Constitution l'article L. 811-5 du Code de la sécurité intérieure, le Conseil constitutionnel s'est fondé sur une jurisprudence récente mais bien établie en matière de techniques de renseignement. Il conclut à la violation du droit à la vie privée et au secret des correspondances face à l'absence de garanties appropriées de la disposition. Néanmoins, pour permettre au législateur de créer un nouveau texte conforme, il a choisi de différer l'abrogation de la disposition contestée tout en instaurant des mesures transitoires destinées à en encadrer l'application.

114. CE, 21 novembre 2014, n° 384353, *Société Mutuelle des Transports Assurances*, mentionné aux *Tables*.

115. CE, décision de renvoi n° 394922, 22 juillet 2016 (cons. 2) : « le Conseil d'État n'est pas tenu, lorsqu'à l'appui d'une requête est soulevée devant lui une question prioritaire de constitutionnalité, sur laquelle il lui incombe de se prononcer dans un délai de trois mois, de statuer au préalable sur la recevabilité de cette requête »

116. Ph. Cossalter, « Pas une révolution, une évolution : le Conseil d'État peut ne pas se prononcer sur la recevabilité d'une requête à l'occasion de laquelle est soulevée une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », *Revue Générale du droit* [en ligne], Chronique de jurisprudence administrative française, 26 novembre 2014.

A – UNE CONSOLIDATION DE LA JURISPRUDENCE
RÉCENTE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL EN MATIÈRE
DE RENSEIGNEMENT

Après avoir analysé l'article L. 811-5, en déterminant son caractère dérogatoire aux règles de droit commun édictées par le CSI, le Conseil constitutionnel l'a confronté à sa jurisprudence récemment établie en matière de renseignement.

1 – L'examen d'une disposition dérogatoire

Dans le projet de loi préalable à l'adoption de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 **relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques**, se dégageait une volonté de permettre aux pouvoirs publics de bénéficier d'une action de surveillance et de contrôle en marge des interceptions réglementées. Dans ses titres I et II, la loi, une fois adoptée, encadrait les interceptions ordonnées par l'autorité judiciaire et les interceptions de sécurité relevant de la police administrative destinées à la surveillance de personnes déterminées dans un but de sauvegarde de la sécurité nationale, de la prévention du terrorisme ou de la criminalité. Néanmoins, comme les motifs du projet de loi l'avaient mis en exergue, une disposition dérogatoire avait été insérée dans la loi, à l'article 20¹¹⁷. Ainsi, les pouvoirs publics pouvaient réaliser « une surveillance générale du domaine radioélectrique sans viser des communications individualisables¹¹⁸ » et ce, sans autorisation préalable ni contrôle, l'objectif des opérations étant d'assurer la défense des intérêts nationaux.

Il eût été possible de penser qu'une telle disposition allait entraîner des débats, nombreux et animés, lors de l'étude du projet de loi, concernant tant ses imprécisions que les éventuelles atteintes qu'elle pourrait porter aux droits et libertés garantis par la Constitution et, en outre, à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant le secret des correspondances. Il n'en fut rien et l'article 20 du projet de loi devint l'article 20 de la loi du 10 juillet 1991, sans aucun débat parlementaire, les députés considérant que la nature non identifiée des cibles des opérations d'interception suffisait à les exempter de toute procédure et contrôle particuliers¹¹⁹.

117. Article 20 de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques : « Les mesures prises par les pouvoirs publics pour assurer, aux seules fins de défense des intérêts nationaux, la surveillance et le contrôle des transmissions empruntant la voie hertzienne ne sont pas soumises aux dispositions des titres Ier et II de la présente loi. »

118. Commentaire du Conseil constitutionnel.

119. Rapport n° 2088 de M. François Massot, juin 1991.

Aucune modification du texte n'intervint jusqu'en 2012, lorsque l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012, ratifiée par l'article 2 de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme codifia cette disposition à l'article L. 241-3 du CSI. Pour autant, la modification essentielle s'opéra avec la loi du 24 juillet 2015 dont l'article 11 transféra le texte à l'article L. 811-5 du même Code, tout en spécifiant un élargissement des dérogations qu'il autorisait. En effet, les évolutions techniques, technologiques et sociales offrirent de nouvelles perspectives dans le domaine du renseignement, au-delà des interceptions judiciaires ou administratives jusqu'alors réalisées. Ainsi, grâce à l'article L. 811-5 du Code de la sécurité intérieure, les pouvoirs publics conservent le droit d'exercer une action parallèle de renseignement, à l'abri de tout contrôle, et face à une palette d'outils de renseignement élargie. Malgré ces réformes et la création du CSI, aucune attention particulière n'a été portée par le législateur à cette disposition d'exception, symbole d'une liberté accordée sous couvert de défense des intérêts nationaux.

Il convient également de souligner les diverses prises de position émanant de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR), antérieurement nommée Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité jusqu'à la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement. Dans son 22^e rapport d'activité, celle-ci énonçait que l'article L. 241-3 du Code de la sécurité intérieure (devenu l'article L. 811-5) ne pouvait fonder « des interceptions de communications individualisables et portant sur une menace identifiée » car il s'agirait alors d'un « détournement de procédure ». Par ailleurs, elle notait que l'utilisation de cette disposition était subordonnée à la réunion de trois conditions cumulatives, à savoir « un objectif de défense des intérêts nationaux », à distinguer de la notion plus restreinte de sécurité nationale¹²⁰, l'utilisation de techniques « générales, non ciblées, non intrusives et destinées, en amont de toute interception, à identifier une menace potentielle » et enfin la restriction de la surveillance aux seules « transmissions », c'est-à-dire entre l'émission et la réception des communications empruntant exclusivement la voie hertzienne. Surtout, le rapport de la Commission pointait le caractère « obsolète » de la disposition contestée, « devenue inutile » et dont la suppression devait être envisagée¹²¹ au cours des travaux parlementaires de la loi sur le renseignement de 2015.

Enfin, le rapport¹²² du sénateur Raffarin mobilisait les pouvoirs publics sur l'« attention vigilante » à accorder au « concept d'exception

120. 22^e rapport d'activité (2013-2014) de la CNCIS, p. 127.

121. *Ibid.*, p. 129.

122. Rapport relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2015 de M. Raffarin, sénateur, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale et à la présidence du Sénat le 25 février 2016, p.72.

hertzienne », jugé « utile et justifié » tout en expliquant que ce dernier pourrait se voir grandement fragilisé par ses imprécisions et son inadaptation aux évolutions des législations relatives aux technologies de communication et aux interrogations des citoyens en matière de libertés fondamentales.

Dans son *Commentaire*¹²³ de la décision du 21 octobre 2016, le Conseil constitutionnel note qu'il ne s'était pas prononcé sur la constitutionnalité de l'article L. 811-5 du Code de la sécurité intérieure à l'occasion de l'examen *a priori* effectué dans sa décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015 sur la loi relative au renseignement, promulguée le jour suivant. Ainsi, cette disposition est toujours passée à travers les mailles d'un contrôle, qu'il soit parlementaire ou juridictionnel. Serait-ce le signe d'une volonté de laisser perdurer ce texte afin d'entériner la marge de manœuvre des pouvoirs publics dans le domaine si opaque du renseignement ? Quelles que fussent les raisons ayant conduit à éviter une analyse de l'article L. 811-5 du Code de la sécurité intérieure, cette ignorance prend fin avec l'examen de la QPC renvoyée par le Conseil d'État au Conseil constitutionnel.

2 – Une question pertinente dans la continuité de la jurisprudence constitutionnelle

À l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), avec l'article 8¹²⁴ de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH), le Conseil constitutionnel a effectué, au niveau national, une mise en balance des dispositions, parfois intrusives, de lois relatives au renseignement et des droits et libertés garantis par la Constitution, notamment ceux issus de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

En effet, dans une décision *Lambert c/ France* du 24 août 1998, la CEDH précisait qu'il convient d'inclure les conversations téléphoniques dans les notions de « vie privée » et de « correspondances »¹²⁵. Dix années plus tard, dans l'*Affaire Liberty et autres c/ Royaume-Uni* concernant l'interception de communications entre le Royaume-Uni et l'étranger, la Cour considère « que, faute d'avoir défini avec la clarté requise l'étendue

123. *Commentaire* du Conseil constitutionnel, p. 6.

124. Article 8 de la CESDH : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sécurité publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

125. CEDH, 24 août 1998, *Lambert c/ France*, cons. 21, Recueil des arrêts et décisions 1998-V.

et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation considérable conféré à l'État en matière d'interception et d'analyse des communications à destination ou en provenance de l'étranger, la loi en vigueur à l'époque n'offrait pas une protection suffisante contre les abus de pouvoir. En particulier, au rebours de ce qu'exige la jurisprudence de la Cour, aucune précision sur la procédure applicable à l'examen, la diffusion, la conservation et la destruction des données interceptées n'y figurait sous une forme accessible au public¹²⁶. »

Dans le sillage de la CEDH, le Conseil constitutionnel a également forgé sa jurisprudence en la matière, essentiellement à l'occasion du contrôle *a priori* de la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement¹²⁷, dégagant certaines règles essentielles sur lesquelles se sont fondés les auteurs de la QPC commentée.

En premier lieu, le Conseil a estimé que toute atteinte au droit au respect de la vie privée ou au secret des correspondances résultant du renseignement devait répondre à des finalités concourant à la défense et à la promotion des intérêts fondamentaux de la Nation¹²⁸ tels qu'énoncés à l'article L. 811-3 du CSI, incluant par exemple la prévention du terrorisme ou encore la criminalité et la délinquance organisée mais également que ces atteintes apparaissent comme proportionnées¹²⁹ aux objectifs justifiant leur mise en œuvre. Le Conseil a également insisté sur la nécessité d'une autorisation du Premier ministre¹³⁰, ou d'un collaborateur habilité, afin de mettre en place des techniques de recueil des renseignements en matière de police administrative, tout en vérifiant que le législateur ait suffisamment encadré ces techniques pour maintenir équilibrés le respect de la vie privée et la finalité de la police administrative, à savoir la prévention des atteintes à l'ordre public¹³¹.

Par ailleurs, le Conseil énonce que si le législateur demeure imprécis lors de la définition « des conditions d'exploitation, de conservation et de destruction des renseignements collectés et des modalités de contrôle par la CNCTR », il contrevient à l'article 34 de la Constitution, agissant en deçà de ses compétences en ne fixant pas les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. En effet, dans le projet de loi sur le renseignement déferé à son contrôle *a priori*, le Conseil a censuré certaines dispositions pour lesquelles le législateur s'était trouvé en situation de compétence négative.

126. CEDH, 1^{er} juillet 2008, requête n° 58243/00, *Affaire Liberty et autres c/ Royaume-Uni*, cons. 69.

127. CC, déc. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

128. *Ibid.*, cons. 10.

129. *Ibid.*, cons. 11.

130. *Ibid.*, cons. 18.

131. TC, 7 juin 1951, *Dame Noualek*, Lebon, p. 636 ; S. 1952, 3, 13 conclusions Delvolvé, note Drago.

La QPC étudiée s'inscrit au cœur de ces problématiques et invite le Conseil constitutionnel à se prononcer sur la survivance d'une disposition paraissant renier chacun des principes jurisprudentiellement établis.

B – LA CONSÉCRATION CONTENUE D'UNE VIOLATION DES DROITS ET LIBERTÉS GARANTIS PAR LA CONSTITUTION

Le Conseil constitutionnel a axé son contrôle sur le moyen, jugé principal, d'une violation du droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances pour justifier l'inconstitutionnalité de la disposition contestée. Néanmoins, dans un impératif de sécurité juridique, il a préféré différer sa censure en l'accompagnant de mesures transitoires.

1 – Une méconnaissance de l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Les associations requérantes invoquaient trois moyens justifiant, selon elles, l'inconstitutionnalité de l'article L. 811-5 du CSI. Tout d'abord, elles estimaient que l'absence d'encadrement et de contrôle des mesures de surveillance des communications empruntant la voie hertzienne constituait une atteinte non proportionnée au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances. Ce premier moyen, le seul réellement analysé par le Conseil constitutionnel, a conduit à la censure de la disposition contestée, et ce en trois temps.

Après avoir rappelé le contenu et les exigences de l'article 2 de la Déclaration de 1789 et expliqué que la protection du droit à la vie privée et au secret des correspondances en faisait partie, le Conseil a précisé que seul un motif d'intérêt général et des mesures proportionnées rendaient possibles les atteintes à ces droits fondamentaux.

Il a, par la suite, réalisé un examen de la nature des mesures autorisées par l'article L. 811-5 du CSI. Malgré les arguments avancés par le Premier ministre, spécifiant que ce texte constituait « une disposition d'exception à la portée résiduelle et restrictive, très faiblement intrusive et utilisée majoritairement pour la police des ondes afin d'éviter tout piratage des fréquences radioélectriques », le Conseil a estimé que la faculté, pour les pouvoirs publics, d'intercepter des données individualisables n'était pas exclue, notamment au regard de l'article L. 871-2 du CSI autorisant les ministres de la défense et de l'intérieur à requérir des informations et documents nécessaires à des interceptions sur la base de la disposition contestée.

Dans un deuxième temps, le Conseil a étudié l'objectif de l'article litigieux, c'est-à-dire la surveillance des communications empruntant la voie hertzienne afin de garantir la défense des intérêts nationaux. Selon lui, dans un sens, l'article L. 811-5 met en œuvre les exigences constitutionnelles

tendant à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, néanmoins la généralité des termes employés lors de sa rédaction laisse subsister une possibilité d'agir à des fins plus larges, et sans avoir de justification à apporter.

Enfin, le juge constitutionnel a analysé l'encadrement des mesures pouvant être prises en application de l'article L. 811-5 et a soulevé de nombreuses failles. Il a noté des imprécisions concernant la nature des techniques de surveillance autorisées car le texte se réfère uniquement à des « mesures prises » et a souligné un manquement du législateur en ce sens. D'autre part, l'absence de définition du terme « pouvoirs publics » maintient un voile total sur les divers acteurs susceptibles de recourir à la disposition contestée. Le Conseil soulève également une absence de conditions procédurales, d'autorisation du Premier ministre – comme pour les autres techniques de renseignement – et de contrôle par une autorité indépendante ou par un juge. L'ensemble de ces lacunes conduit à priver l'article L. 811-5 de « toute garantie appropriée » et entraîne ainsi le constat d'atteintes manifestement disproportionnées à l'article 2 de la DDHC.

Par cette formule classique, « sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs », le Conseil a fondé sa décision sur la seule violation de l'article 2 de la DDHC, considérée comme moyen principal. Néanmoins, les deux autres griefs invoqués par les requérants présentaient également un intérêt certain et auraient pu, individuellement, conduire la juridiction constitutionnelle au même résultat.

2 – Le choix d'un effet différé assorti de mesures transitoires

Une déclaration d'inconstitutionnalité s'accompagne généralement d'une abrogation immédiate des dispositions contestées. En l'espèce, le Conseil constitutionnel a estimé qu'il convenait de différer les effets de sa décision au 31 décembre 2017, tout en faisant cesser immédiatement les atteintes aux droits et libertés garantis par la Constitution. Pour ce faire, il a présenté deux mesures transitoires complémentaires destinées à encadrer l'application de l'article L. 811-5 du CSI jusqu'à l'élaboration d'un nouveau texte conforme.

Consacrée concurremment en 2004 par le Conseil d'État pour une annulation contentieuse¹³² et par la Cour de Cassation dans le cadre d'un revirement pour l'avenir¹³³, la modulation dans le temps des décisions de justice constitue une technique « permettant de garantir et de parvenir

132. CE 11 mai 2004, *Association AC!*, *GAJA*, n° 118 ; *Dr. Adm.*, 2004, étude 15, O. Dubos et F. Melleray ; *RFDA* 2004, p. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges et p. 454, concl. Ch. Devys.

133. Cass. Civ. 2^e, 8 juillet 2004, *Bull. civ. II*, n° 387 ; rapp. p. 374 ; *RTD civ.* 2005. 176, obs. Ph. Théry ; P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », *D.* 2005, p. 247 ; *JCP* 2005. I. 143, obs. B. Beignier et B. de Lamy.

à un équilibre adapté entre l'exigence de régularité et celle de sécurité juridique »¹³⁴, tout en sanctionnant une irrégularité constatée. S'agissant du Conseil constitutionnel exerçant un contrôle *a priori*, aucun pouvoir exprès de modulation dans le temps n'apparaît à l'article 62 alinéa premier de la Constitution.

Néanmoins, cet article a été renforcé à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 afin de s'adapter aux exigences de la QPC. Désormais, son deuxième alinéa précise qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. »¹³⁵

Pour autant, face à cette habilitation constitutionnelle assez large, subsiste la possibilité « de poser des exceptions prétoriennes et automatiques par un considérant de principe »¹³⁶, ce qu'a notamment effectué le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011¹³⁷ en déclarant : « En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration. »

Ce même considérant de principe a été utilisé au paragraphe 10 de la décision commentée afin de justifier le choix d'un effet différé assorti de mesures transitoires. En effet, le Conseil a jugé manifestement excessives les conséquences d'une abrogation immédiate de l'article L. 811-5 du CSI car en pareil cas, les pouvoirs publics ne disposeraient plus d'aucun moyen de surveillance des communications empruntant la voie hertzienne. Cette initiative, certainement renforcée par l'état d'urgence et la nécessité de protection des intérêts nationaux, permet ainsi au législateur de corriger l'inconstitutionnalité constatée dans un délai de plus de quatorze mois. Durant l'année 2016, pour l'ensemble des QPC dont les dispositions contestées ont été déclarées en non-conformité totale avec la Constitution, avec effet différé et mesures transitoires, le temps moyen

134. X. Magnon, « *La modulation des effets dans le temps des décisions des juges constitutionnels* », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2012, p. 561.

135. Article 62 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958.

136. X. Magnon, *préc.*, p. 578.

137. CC, décis. n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Marie-Christine D. (Pension de réversion des enfants)*, JORF 26 mars 2011, p. 5404, cons. 5.

accordé au législateur pour remédier aux inconstitutionnalités s'élève environ à neuf mois. Les élections présidentielles et surtout législatives du printemps 2017 pourraient justifier ce report.

En contrepartie, le Conseil constitutionnel prévoit une application fortement entravée de l'article L. 811-5 du CSI estimant, d'une part, que ce texte ne pourra être employé comme fondement pour « des mesures d'interception de correspondances, de recueil de données de connexion ou de captation de données informatiques soumises à l'autorisation prévue au titre II ou au chapitre IV du titre V du livre VIII du CSI » et d'autre part, que chacune de ses mises en œuvre devra faire l'objet d'une information à la CNCTR. La lourdeur de la procédure ainsi créée par le juge constitutionnel mènera résolument le législateur, soumis à la pression du contexte et à la prolongation de l'état d'urgence jusqu'au 15 juillet 2017¹³⁸, à dévoiler, espérons-le, un nouveau texte dont la précision et la clarté accorderont harmonieusement droits fondamentaux et impératifs de sécurité nationale.

Caroline Faure

– Décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, M. Raïme A. [Perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence III]

PERQUISITIONS ADMINISTRATIVES ET ÉTAT D'URGENCE : PRÉCISIONS SUR LA SAISIE, L'EXPLOITATION ET LA CONSERVATION DES DONNÉES INFORMATIQUES

« Va-t-on encore longtemps laisser grossir ce droit administratif de la sécurité au détriment des garanties judiciaires apportées par la procédure pénale ? », s'interroge Cédric Ribeyre¹³⁹ en réaction à la décision n° 2016-536 QPC du 19 février 2016, *Ligue des droits de l'Homme*. La jurisprudence du Conseil constitutionnel laisse croire cela, ou du moins dessine les contours d'un droit administratif de la sécurité délié du droit pénal.

Prenant acte de ladite décision dans laquelle était censurée l'absence de garanties légales du régime de saisie et d'exploitation des données informatiques, le législateur adopta la loi n° 2016-987¹⁴⁰ modifiant le régime des perquisitions administratives de l'article 11 de la loi n° 55-385 relative à l'état d'urgence. Est instauré ainsi un régime de saisie, exploitation et conservation des données informatiques. Si ces données révèlent des

138. La prolongation de l'état d'urgence a été approuvée par le Parlement le jeudi 15 décembre 2016 pour une durée de six mois supplémentaires.

139. Cédric Ribeyre, « État d'urgence – Perquisitionner mais pas copier ! », *La semaine juridique édition générale*, n° 16, 18 avril 2016, 477.

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

éléments menaçant l'ordre ou la sécurité publics, elles peuvent alors être saisies soit par copie, soit par saisie du support. Dès lors, les données et matériels informatiques deviennent inaccessibles jusqu'à l'autorisation d'exploitation du juge administratif des référés à l'issue de la perquisition. Les éléments copiés ne caractérisant pas la menace ayant justifié la saisie sont détruits à l'expiration de trois mois à compter de la perquisition ou de l'autorisation. Au contraire, les données permettant la constatation d'une infraction sont conservées selon les règles applicables en matière de procédure pénale.

C'est dans ce contexte juridique que fut ordonnée le 26 août 2016 par le préfet du Doubs, puis opérée le lendemain, la perquisition administrative du domicile de M. Raïme A. durant laquelle seront saisis plusieurs supports informatiques. Le 27 août 2016, à la suite de ladite perquisition, le tribunal administratif de Besançon fut saisi en référé d'une demande d'autorisation d'exploitation desdits matériels. M. Raïme A. déposa alors en défense une question prioritaire de constitutionnalité.

Le requérant soulevait dans son mémoire l'inconstitutionnalité des dispositions des alinéas 3 à 10 du I de l'article 11 de la loi n° 55-385, modifiée par la loi n° 2016-987, en raison de l'absence d'autorisation préalable d'un juge pour la saisie des données informatiques et l'absence de délimitation suffisante des conditions d'accès à celles-ci. Était alors invoquée la méconnaissance par le législateur du droit au respect de la vie privée et du droit de propriété. Était également reprochées une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif et la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence. Par un arrêt en date du 16 septembre 2016¹⁴¹, le Conseil d'État renvoya la question au Conseil constitutionnel.

Dans sa décision n° 2016-600 QPC du 2 décembre 2016, *M. Raïme A.*, le Conseil constitutionnel contrôle la conformité à la Constitution du régime de saisie, exploitation et conservation des données informatiques à la suite de perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence. Se référant à sa précédente décision n° 2016-536 QPC, le juge constitutionnel rejette la recevabilité de l'examen du quatrième alinéa (anciennement le troisième) des dispositions contestées qui y était déclaré conforme à la Constitution (cons. 5)¹⁴². La conformité au droit au respect de la vie privée du reste des dispositions est également confirmée puisque le législateur détermine « les conditions

141. CE, 16 septembre 2016, n° 402941, *AJDA* 2016, p. 1718.

142. Il convient de rappeler que la modification d'une disposition auparavant déclarée conforme ne constitue pas une modification substantielle de droit au sens des articles 23-2 et 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 (CC, décis. n° 2010-19/27 QPC du 30 juillet 2010, *Épx. P.*).

d'exploitation et de conservation [des] données par l'autorité administrative, sous le contrôle du juge administratif » (cons. 8) et définit « les motifs pouvant justifier la saisie de données informatiques, [détermine] les conditions de sa mise en œuvre et [impose] l'autorisation préalable, par un juge, de l'exploitation des données collectées, laquelle ne peut porter sur celles dépourvues de lien avec la menace » (cons. 13). De telles garanties légales assurent une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public (*ibidem*). De plus, elles permettent de retenir la conformité des dispositions contestées au droit de propriété (con. 18 et 21), garanties auxquelles s'ajoutent la nécessaire impossibilité pour les autorités de copier les données sur les lieux de la perquisition pour justifier leur saisie, la demande d'exploitation au juge des référés (cons. 19) et une restitution des supports saisis prévue au terme d'un délai de quinze jours (cons. 20).

Toutefois, quelques mots à la fin de l'alinéa 8 des dispositions contestées retiennent l'attention du Conseil : « À l'exception de celles qui caractérisent la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée, ». En raison de l'absence de délai prévu pour la destruction des données copiées après la fin de l'état d'urgence qui, bien qu'elles caractérisent une menace, ne conduisaient pas à la constatation d'une infraction, « le législateur n'a, en ce qui concerne la conservation de ces données, pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public » (cons. 16). Conséquemment, lesdits mots sont déclarés contraires à la Constitution mais, leur abrogation n'interviendra qu'au 1^{er} mars 2017 pour éviter, selon le juge constitutionnel, « des conséquences manifestement excessives » d'une abrogation immédiate (cons. 24).

Le Conseil constitutionnel semble alors revenir sur les garanties légales exigées par sa décision n° 2016-536 QPC et, précise le moment d'intervention du juge en matière de saisie et exploitation des données informatiques (A.). En outre, le juge constitutionnel rappelle la nécessité d'encadrer la conservation de toutes les données informatiques saisies (B.).

A – UNE PRÉCISION DE LA DÉCISION N° 2016-536 QPC : LA PLACE DU JUGE DANS LA PROCÉDURE DE SAISIE ET EXPLOITATION DES DONNÉES INFORMATIQUES

L'affaire soumise ici au juge constitutionnel repose sur l'interprétation de la décision n° 2016-536 QPC et en particulier des motifs suivants : « [...] ni cette saisie ni l'exploitation des données ainsi collectées ne sont autorisées par un juge, y compris lorsque l'occupant du lieu

perquisitionné ou le propriétaire des données s'y oppose et alors même qu'aucune infraction n'est constatée ; [...] que ce faisant, le législateur n'a pas prévu de garanties légales propres à assurer une conciliation équilibrée entre l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et le droit au respect de la vie privée [...] » (cons. 14). La syntaxe utilisée installe un doute puisqu'en sémantique la conjonction de coordination négative « ni » peut tout à la fois être vue comme s'apparentant à la conjonction de coordination « et » ou à la conjonction « ou ». Or, si la loi retient la conception « ou », le requérant argue pour le « et ». Les deux positions sont valides : l'autorisation du juge des référés pourrait tout aussi bien être requise pour la seule exploitation (ce que prévoient les dispositions contestées) que pour la saisie et l'exploitation (ce que revendique le requérant). Seulement, il ne pourrait être concevable qu'un tel flou persiste. Il revenait donc aux Sages de trancher en gardant à l'esprit un élément important de l'état d'urgence : « prévaloir l'urgence de rétablir la sécurité, gravement menacée, sur le régime de droit commun des libertés »¹⁴³. La solution dégagée n'est alors pas étonnante et peut, sur certains aspects paraître raisonnable¹⁴⁴.

Tout d'abord, cette décision s'aligne sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci a retenu dans l'affaire *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*¹⁴⁵ qu'« [e]n cas d'urgence, une procédure doit pouvoir être suivie qui permette d'isoler, avant qu'elles ne soient exploitées par les autorités, les informations susceptibles de permettre l'identification des sources de celles qui n'emportent pas semblable risque » (n° 92). S'il était question dans ce cas d'une conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public et la liberté de la presse, un pareil raisonnement peut être valable en matière de conciliation avec le droit au respect de la vie privée. La Cour distingue alors la saisie en elle-même de l'exploitation des données informatiques – ou sources journalistiques. Si cette position tient pour un droit fétiche aux yeux de la Cour (la liberté de la presse) dans un contexte d'urgence de poursuite pénale, il est logique qu'un droit similaire (le droit au respect de la vie privée) puisse dans un contexte de péril imminent pour l'intérêt de l'État (et donc d'urgence plus grande) permettre une autorisation du juge des référés après la saisie et avant l'exploitation des données informatiques. Par conséquent, il est nécessaire

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

144. Pour une position contraire, voir : Paul CASSIA, « État d'urgence : le pot « pourri » de la loi du 21 juillet 2016 », Blog de Paul Cassia, *Médiapart*, 29 juillet 2016 – consulté le 14 décembre 2016 à l'adresse suivante : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/290716/etat-d-urgence-le-pot-pourri-de-la-loi-du-21-juillet-2016> ; Paul Cassia, « Le Conseil constitutionnel sauve les saisies informatiques de l'état d'urgence », Le Blog de Paul Cassia, *Médiapart*, 2 décembre 2016 – consulté le 5 décembre 2016 à l'adresse suivante : <https://blogs.mediapart.fr/paul-cassia/blog/021216/le-conseil-constitutionnel-sauve-les-saisies-informatiques-de-l-etat-d-urgence>.

145. Cour EDH, Grande chambre, 14 septembre 2010, req. n° 38224/03.

afin de garantir le respect des droits fondamentaux que l'autorisation du juge intervienne au plus tard lors de l'exploitation des données saisies et que ledit magistrat puisse, même *a posteriori* (Cour EDH, 2 octobre 2014, req. n° 97/11, *Delta Pekarny a.s. c. République tchèque*)¹⁴⁶, contrôler la régularité de la perquisition et de la saisie. À ce titre, le régime mis en place par la loi n° 2016-987 impose à l'autorité administrative de saisir à la fin de la perquisition le juge des référés. Ainsi, le juge contrôle obligatoirement la saisie – ce qui garantit également le droit à un recours juridictionnel effectif.

Ensuite, les Sages relèvent l'existence de nombreuses garanties légales (cons. 8 à 21) permettant la conciliation du droit au respect de la vie privée et du droit de propriété avec l'objectif de sauvegarde de l'ordre public. L'interdiction d'accès aux données saisies jusqu'à l'autorisation du juge, sous la responsabilité du chef de service ayant procédé à la perquisition, en est une. Il en va de même de l'exploitation des seules données ayant un lien avec la menace pour l'ordre et la sécurité publics. Une question subsiste à laquelle le Conseil n'a apporté aucune réponse, celle de la mise sous scellés des matériels et copies informatiques, pourtant abordée par le requérant. Ce dernier rappelait que, dans le cadre d'une procédure pénale, la mise sous scellés¹⁴⁷ est appréhendée comme une garantie légale du respect des droits de la défense et du droit au respect de la vie privée. Ainsi est-il surprenant que la mise sous scellés ait été exclue des saisies lors de perquisitions administratives. Sauf que, comme le soulignait la Commission des lois de l'Assemblée nationale dans son rapport n° 3978, un tel mécanisme ajouterait, dans un contexte d'urgence, « des contraintes juridiques dispensables qui complexifieraient les procédures »¹⁴⁸. De plus, l'article 226-16 du Code pénal punirait la consultation sans autorisation des données personnelles de cinq ans d'emprisonnement et trois cent mille euros d'amende.

Finalement, la solution des Sages n'est pas dénuée de toute raison, d'autant plus que des considérations pragmatiques – l'afflux de données électroniques dans les supports informatiques d'aujourd'hui expliquant leur nécessaire saisie pour pouvoir les traiter – justifient aussi un tel régime dans un contexte où « les investigations numériques sont devenues incontournables [...] en particulier dans les perquisitions »¹⁴⁹. Cependant, si ce régime de saisie et exploitation s'avère conforme à la Constitution, il en est autrement du régime de conservation.

146. Voir également, CJUE, 18 juin 2015, aff. C-583/13 P, *Deutsche Bahn AG*.

147. Voir les articles 56, 56-1, 57, 57-1, 97 et 97-1 du Code de procédure pénale pour les perquisitions et saisies judiciaires.

148. Commission des lois de l'Assemblée nationale, 19 juillet 2016, Rapport n° 3978, p. 42.

149. Myriam Quéméner, « Perquisitions et saisies de données informatiques dans le cadre de l'état d'urgence », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 499.

B – UNE NON-CONFORMITÉ PARTIELLE : LE NÉCESSAIRE
 ENCADREMENT DU DÉLAI DE CONSERVATION DE TOUTES
 LES DONNÉES INFORMATIQUES SAISIES

Dans sa décision n° 2015-713 DC¹⁵⁰, le Conseil constitutionnel fit de la durée de conservation des renseignements collectés une garantie fondamentale des libertés publiques des citoyens (cons. 39 et 78). Dans cette affaire, le législateur renvoyait à un décret en Conseil d'État la détermination des conditions d'exploitation, conservation et destruction des renseignements collectés, en méconnaissance de l'article 34 de la Constitution (cons. 78). Effectivement, la durée de conservation – qui implique à son terme la destruction des copies ou la restitution du support – participe à assurer l'effectivité du droit au respect de la vie privée.

Dans l'affaire commentée, sont distinguées trois situations : les données sans lien avec la menace ayant justifié la saisie ; les données en lien avec la menace conduisant à la constatation d'une infraction ; les données en lien avec la menace mais ne conduisant pas à la constatation d'une infraction. Pour le premier cas et conformément à la jurisprudence constitutionnelle, le législateur a pris soin de déterminer un délai de conservation des données saisies de trois mois à compter de la perquisition ou de l'autorisation d'exploitation avec possibilité de prorogation : « À l'exception de celles qui caractérisent la menace que constitue pour la sécurité et l'ordre publics le comportement de la personne concernée, les données copiées sont détruites à l'expiration d'un délai maximal de trois mois [...] »¹⁵¹. Pour le second, l'alinéa 9 du I de l'article 11 de la loi n° 55-385 précise que la conservation s'opère « selon les règles applicables en matière de procédure pénale », puisqu'une infraction pénale est caractérisée – la procédure judiciaire s'enclenche. Mais que faire lorsque l'autorité administrative estime qu'une donnée, quand bien même ne peut constituer le début d'une infraction, est en lien avec la menace ? L'alinéa 8 prévoit la destruction des données sans lien. Le suivant la conservation de celles en lien avec une infraction. Le texte est silencieux sur le dernier type de données. Par pure logique, le Conseil constitutionnel ne pouvait que déclarer les termes « À l'exception de celles qui caractérisent la menace [...] » de l'alinéa 8 non-conforme à la constitution pour méconnaissance de conciliation entre le droit au respect de la vie privée et l'objectif de sauvegarde de l'ordre public. Finalement, cette dernière catégorie de données saisies suit le même sort, du moins jusqu'au 1^{er} mars 2017, que les données sans lien avec la menace.

Se saisissant des dispositions de l'article 62 de la Constitution, le Conseil constitutionnel préfère à l'abrogation immédiate des termes

150. CC, décis. n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*.

151. Al. 9 du I de l'article 11 de la loi n° 55-385.

non-conformes une abrogation différée au 1^{er} mars 2017 pour éviter « des conséquences manifestement excessives » (cons. 24). Même si ledit article ne l'impose aucunement, la justification ne peut qu'être insatisfaisante.

En premier lieu, lorsqu'il est fait référence à un rapport de force, il convient de l'établir entre au minimum deux éléments. Si ici l'un est sans aucun doute les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité du considérant 16, le second fait défaut. Il aurait été délicat pour le Conseil constitutionnel de le déterminer. S'il avait choisi, comme il le fit dans sa décision n° 2016-567/568 QPC pour éviter toute remise en cause des actes de procédure pénale suite à la déclaration de non-conformité du régime des perquisitions administratives en cause (cons. 11 de ladite décision), de retenir comme raison de cette abrogation différée la méconnaissance de l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, il se serait confronté à un problème de logique élémentaire – dès lors que la non-conformité résulte d'une méconnaissance de conciliation entre le droit au respect de la vie privée et ledit objectif¹⁵². En outre, l'objectif à valeur constitutionnelle de la recherche des auteurs d'infractions aurait été peu pertinent puisque justement, les données en cause ne permettent pas de caractériser une infraction.

En second lieu, accorder l'abrogation immédiate aurait eu peu de conséquences en pratique. Comme le souligne Paul Cassia, « [a]u 22 novembre 2016, sur les 542 perquisitions administratives ordonnées depuis le 23 juillet 2016, on dénombrait, selon le vice-président du Conseil d'État, 84 demandes préfectorales d'autorisation d'exploitation des matériels ou données informatiques (soit un taux de demandes d'autorisation d'exploitation de 15,5 %), demandes satisfaites pour environ 90 % d'entre elles par les tribunaux administratifs (soit un ratio perquisitions administratives/exploitation effective des données de 13,6 %) »¹⁵³. Autrement dit, seules soixante-treize perquisitions étaient concernées sur l'ensemble du territoire français. En outre, les données informatiques conservées au titre qu'elles reflètent le comportement de menace pour la sécurité et l'ordre publics, sans pour autant être constitutives d'une infraction, peuvent dépendre d'une certaine subjectivité des autorités. L'abrogation immédiate aurait-elle été ainsi dommageable à l'intérêt général ?

En définitive, la décision n° 2016-600 QPC déclarant conforme à la Constitution le régime de saisie, exploitation et conservation des données informatiques saisies lors de perquisitions administratives dans le cadre de l'état d'urgence, à l'exception de quelques mots au huitième

152. Sur ce point, se référer au commentaire de la décision n° 2016-567/568 QPC du présent numéro.

153. Paul Cassia, « Le Conseil ... », *art. cit.*

alinéa du I de l'article 11 de la loi n° 55-385, ne peut que laisser pensif son lecteur. L'atténuation des exigences auparavant énoncées par le Conseil constitutionnel montre que, suite à de nouveaux attentats en juillet 2016 et à un changement de présidence au sein de l'institution, le droit s'adapte au contexte sociétal et politique au détriment de certains droits fondamentaux.

Cédric Bernard