

DÉBAT

Organiser un débat sur l'entreprise et le droit constitutionnel peut paraître singulier, alors même qu'en France le droit constitutionnel s'était intéressé à l'entreprise, mais que l'entreprise s'intéressait peu au droit constitutionnel. L'entreprise est à la fois sujet et acteur du droit constitutionnel. Sujet, elle est soumise à nombre de règles constitutionnelles qui la concerne directement, acteur elle à vocation à défendre les droits que lui reconnaît la Constitution en tant que personne morale titulaire de droits fondamentaux et à intervenir dans des choix économiques et sociaux non dénués d'implications constitutionnelles. La question prioritaire de constitutionnalité ouvre de ce point de vue de nouveaux horizons. Nous avons voulu apprécier la manière dont elle perçue par les acteurs du droit de l'entreprise.

Ont accepté de répondre à nos questions des avocats de grands cabinets dont les clients sont, notamment, des entreprises, la directrice des affaires juridiques du MEDEF, le directeur des affaires juridiques d'une grande banque et le président de l'Association des juristes d'entreprise. Nous aurions souhaité l'avis d'un juriste appartenant à une organisation syndicale, mais cela n'a pas été possible dans les délais impartis. Ce n'est que partie remise.

Certains directeurs juridiques de grandes entreprises n'ont pas souhaité répondre, faute d'avoir défini une véritable politique. Il ressort de ces absences de réponse, comme des réponses qui nous ont été transmises, à la fois la conscience qu'il y a derrière cette nouvelle procédure des enjeux importants pour l'entreprise, mais aussi une certaine méfiance, pour ce qui peut apparaître comme un facteur d'insécurité, s'agissant de règles et d'une juridiction encore peu familières au monde de l'entreprise.

Organising a debate on business and constitutional law may seem somewhat peculiar given that while French constitutional law has concerned itself with business, French business has not shown much interest in constitutional law. Businesses are both the subjects and the beneficiaries of constitutional law. As subjects of the law, businesses are bound by a number of constitutional rules which directly concern them. As beneficiaries of the law, businesses can defend their constitutional rights as legal persons entitled to certain fundamental rights, and can play a role in economic and social decisions which are not without constitutional implications. In this respect, a posteriori constitutional review opens up new horizons. We have sought to determine how this is perceived by those involved in business law.

Lawyers from large law firms whose clients include businesses; MEDEF's (an employers' association) director of legal affairs; the director of legal affairs from a large bank; and the president of the Business Lawyers' Association (Association des juristes d'entreprise) all agreed to answer our questions. We hoped to hear a trade-union lawyer's opinion, but this was not possible within the given timeframe. It will have to wait for another time.

In the absence of any defined policy on this matter, a number of in-house lawyers from large businesses declined to answer our questions. These refusals, like the replies successfully gathered, demonstrate that businesses appreciate the important issues underlying this new procedure, but also that there is a certain wariness towards what may seem like a danger with regard to rules and a court which are still unfamiliar to the business world.

Bertrand Mathieu et Ferdinand Mélin-Soucramanien

Imprimé par CORINNE MENAGER Tous droits réservés

Entreprise et Droit constitutionnel

1 – Que représentent les droits et libertés constitutionnels dans le droit applicable à l'entreprise et plus généralement que représente aujourd'hui la jurisprudence du Conseil constitutionnel au regard des normes juridiques applicables à l'entreprise ?

Cabinet Latournerie Wolfrom & Associés¹ | L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au regard des normes applicables au sein de l'entreprise demeure encore limitée.

Celle de la jurisprudence prise en application de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales paraît, à cet égard, plus importante, notamment en ce qu'elle a pu influer sur l'adoption de certaines législations récentes (par ex., relative à la lutte contre les discriminations, les nouvelles obligations en matière de mise en accessibilité aux personnes à mobilité réduite, etc.).

La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité pourrait, à cet égard, marquer un tournant important en conférant au Conseil constitutionnel un rôle de premier rang. La liberté d'entreprendre figurera certainement parmi les droits et libertés constitutionnels auxquels l'entreprise se réfèrera.

Joëlle Simon (Medef)² | Les entreprises ou du moins les plus grandes d'entre elles et leurs organisations professionnelles considèrent depuis longtemps le Conseil constitutionnel comme le gardien des droits et libertés fondamentales

dont la garantie est essentielle au développement de leur activité.

Ceci a été notamment le cas lors de réformes particulièrement lourdes de conséquences pour les entreprises telles que celle sur les 35 heures, celle sur la représentativité syndicale ou d'autres réformes sociales telles que le droit de licenciement et l'absence de droit à la réintégration, et plus récemment celle sur la contribution carbone.

Les entreprises en tant que sujets de droits peuvent invoquer les droits et libertés qui sont ceux de toute personne dotée de la personnalité juridique, il suffit de citer l'égalité, le droit de propriété, les droits de la défense, la nécessité et la proportionnalité des peines, le non cumul et la non automaticité des peines (v. not. la décision du Conseil n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010 à une question prioritaire de constitutionnalité sur ce sujet).

Et si l'on prend les droits qui sont plus traditionnellement attachés à l'entreprise en tant qu'opérateur économique, on pense naturellement à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui sont, au demeurant, des déclinaisons de la liberté affirmée à l'article 2 de la Constitution de 1958.

344

- (1) Réponses du Cabinet Latournerie Wolfrom & Associés rédigées par Maître Joëlle Hannelais, avocate associée (département droit social), Maître Pauline de Lanzac, avocate associée (département droit de la concurrence), Maître Laurent de La Brosse et Maître Jean Latournerie, avocats associés (département droit public).
- (2) Joëlle Simon, Docteur d'état en droit, Directrice des affaires juridiques du MEDEF, avec le concours de la direction des relations du travail du MEDEF.

Imprimé par CORINNE MENAGER Tous droits réservés

Il peut paraître étonnant qu'une liberté aussi ancienne que les principes de 1789 et qui est la déclinaison pour les entreprises de la liberté, ait été jusqu'à présent, pour reprendre les termes de M. Guy Carcassonne, un peu sous-estimée.

Le silence du Préambule de la Constitution de 1946 s'explique comme l'ont souligné certains éminents constitutionnalistes, par la philosophie antilibérale de ce Préambule. Cette liberté a connu un sort un peu chaotique, tantôt reléguée à un niveau subalterne, certains ont même parlé à son propos de simple objectif de constitutionnalité, tantôt reconnue par le Conseil en tant que telle. Fort heureusement, en effet, le Conseil constitutionnel a estimé, dans la décision du 16 janvier 1982, que la liberté d'entreprendre n'était pas « absente du corpus constitutionnel, puisqu'elle est comprise, toute entière, dans son article 4 consacrant l'intemporelle liberté »³. Et l'on peut imaginer que la question prioritaire de constitutionnalité permettra de lui donner la place qui devrait être la sienne.

Si selon le Conseil constitutionnel aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle, celle-ci découle toutefois de l'article 4 de la Déclaration de 1789.

Cette reconnaissance est essentielle pour les entreprises, car le contrat est au cœur de l'organisation de l'entreprise et de ses relations avec les parties prenantes. Ici encore, le champ potentiel est immense, même si l'on n'en a pas encore une vision très claire.

La protection de la liberté contractuelle est particulièrement importante dans le domaine des relations de travail qui seront de plus en plus régies par des dispositions convenues entre les partenaires sociaux qui peuvent dans les cas que la loi autorise se substituer à celle-ci.

Faut-il inscrire de nouvelles valeurs dans la Constitution ? La question s'est posée récemment en 2008 de savoir si les changements intervenus dans la société française depuis le milieu du siècle dernier justifiaient l'insertion de nouvelles valeurs fondamentales à côté de celles affirmées dans la Déclaration européenne des droits de l'homme et du citoyen et dans le Préambule de la Constitution de 1946.

Dans la lettre de mission qu'avait adressée le président de la République en ce sens à Mme Simone Veil, M. Sarkozy citait l'égal accès des femmes et des hommes aux responsabilités en dehors de la sphère politique, des principes directeurs de notre approche de la bioéthique, la diversité, la protection des données personnelles...

Finalement, à la question de savoir s'il fallait privilégier une approche relativement exhaustive du type Charte européenne des droits fondamentaux ou conserver l'approche de la Constitution de 1958, c'est cette seconde approche qui a été privilégiée, et c'est sans doute préférable.

La multiplication à l'excès des valeurs et principes fondamentaux risquerait d'accroître le risque d'insécurité du droit (v. *infra*).

L'introduction de la Charte de l'environnement ne paraît en aucun cas un modèle à suivre, pour différentes raisons. En premier lieu, ce texte ne s'inscrit pas, selon nous, dans l'esprit de la Constitution. En second lieu, ce texte hésite entre une conception environnementale et une conception écologique dans laquelle l'environnement est protégé en lui-même et oscille entre principes à dimension symbolique et principes de portée normative.

Pour illustrer ce propos, il suffit de noter la contradiction qui existe entre l'article 5 qui pose le principe de précaution comme un principe sans limite et l'article 6 qui dispose que l'environnement

(3) Benoît Plessix « Les silences du Préambule », in « Le préambule de la Constitution de 1946 », Editions Panthéon Assas, p. 82.

doit être concilié avec le développement économique et social.

Quelle est la portée de certains droits et objectifs ? La question qui se pose avec certains droits est également celle de leur portée : si l'on prend l'exemple du droit à l'emploi, s'agit-il d'un objectif ou d'une obligation de résultat ? Le Conseil constitutionnel a tranché pour l'objectif.

A priori, les objectifs de constitutionnalité tels que l'intelligibilité et l'accessibilité au droit ne devraient pas pouvoir être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité. Par ailleurs, on a tendance à oublier les devoirs. Ainsi, si le Préambule de la Constitution de 1946 comporte le droit d'obtenir un emploi, il le flanque du devoir de travailler que l'on mentionne plus rarement...

Jean-Hugues Carbonnier⁴ | Ce sont pour les entreprises la liberté d'entreprendre comme celle du commerce et de l'industrie. C'est dire l'importance pour l'existence de l'entreprise et son développement de la garantie du bloc de constitutionnalité.

Hubert de Vauplane (Groupe Crédit Agricole)⁵ | Les droits fondamentaux et libertés essentielles figurant dans la Constitution doivent être garantis par le Conseil constitutionnel pour que l'entreprise de façon générale et la banque dont je porte la parole, en particulier, puissent assumer leurs responsabilités au niveau économique et remplir leur utilité au niveau social.

Il n'y a pas encore aujourd'hui, dans notre pratique, d'impact significatif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel au regard des normes juridiques applicables à l'entreprise.

L'impact de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) peut être important mais il est difficile à anticiper car il dépendra notamment de la définition qui sera donnée de la «*fondamentalité*» d'un droit ou d'une liberté.

Sera-t-elle élargie à tout ce qui est d'ordre public ? La QPC peut présenter le risque de devenir le lieu d'expression des conflits d'intérêts majeurs de la société à un moment donné. À titre d'exemple je mentionnerais le domaine du droit de la concurrence où s'opposent liberté d'entreprendre et abus de position ou celui de la liberté contractuelle qui peut se trouver limitée ou au contraire renforcée en fonction des rapports de force qui traduisent la maturité de la société.

Va-t-on chercher à protéger la partie fragile (le consommateur ou la petite entreprise) et à faire payer l'autre (la banque, selon le principe du «*deep pocket*»), le tout dans un environnement de lobbying à l'anglo-saxonne ? L'équilibre entre secret des affaires et exigence de transparence peut également être un enjeu.

Jean-Charles Savouré (AFJE)⁶ | L'entreprise, comme tout justiciable, est concernée par les droits et libertés constitutionnels, qui constituent la clef de voûte de tout état de droit. Force est de reconnaître cependant que le droit constitutionnel n'était pas jusqu'à présent une matière couramment pratiquée par les juristes d'entreprise. Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel était connue d'eux, elle l'était essentiellement par ses incidences ponctuelles et pratiques sur le sort des textes fraîchement votés par le Parlement, plus que dans ses aspects académiques ou doctrinaux. La QPC change la donne. Dès lors qu'elle permet en toutes circonstances de contester la validité des textes en vigueur, elle apporte une nouvelle

(4) M^e Jean Hugues Carbonnier, Cabinet Carbonnier, Lamaze, Rasle et associés.

(5) Hubert de Vauplane, Directeur Juridique et Conformité Groupe Crédit Agricole, Professeur associé à Paris 2 – Panthéon Assas.

(6) Jean-Charles Savouré, Président de l'Association Française des Juristes d'Entreprise (AFJE).

dimension à la matière contentieuse et requiert des juristes d'entreprise qu'ils intègrent cette discipline dans leurs analyses même si on peut penser que la

complexité de celle-ci en fera une affaire de spécialiste. L'avenir dira si cette réforme marque l'émergence d'un droit constitutionnel de l'entreprise.

2 – Quels sont selon vous les domaines dans lesquels la question prioritaire de constitutionnalité pourrait jouer un rôle important pour l'entreprise (droit du travail, droit fiscal, droit de l'environnement, droit de la concurrence...) ?

L. W. & A | Plusieurs branches du droit devraient être concernées par l'avènement de ces questions prioritaires de constitutionnalité.

Tout d'abord, concernant le droit de la concurrence, les entreprises seront tentées d'invoquer certains principes constitutionnels intéressant la protection des droits de la défense. Des premières tentatives ont d'ailleurs eu lieu en la matière concernant les principes suivants :

- le principe du procès équitable au regard du droit, pour l'Autorité de la concurrence, d'ester en justice pour défendre les décisions qu'elle a elle-même rendues. En l'espèce, la société Total Réunion SA avait contesté les règles de procédures inhérentes à ladite Autorité en la matière mais sa question avait été jugée irrecevable par la Cour de cassation, le 18 juin 2010 ;
- le principe de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile au regard de la procédure d'enquête de l'ex-Conseil de la concurrence. À nouveau, Total Réunion SA avait invoqué ce principe en vue de faire abolir certaines dispositions législatives mais, le 18 juin 2010, la Cour de cassation a refusé de transmettre cette question au Conseil constitutionnel.

Plus généralement, la procédure et les pouvoirs d'enquête accordés à l'Autorité de la concurrence depuis l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie (LME) sont des domaines dans lesquels la

question prioritaire de constitutionnalité pourrait jouer un rôle important pour tenter de limiter les pouvoirs accordés à l'Autorité de la concurrence.

En droit du travail, il n'est pas douteux que la question prioritaire de constitutionnalité sera amenée à jouer un rôle important dans les années à venir, ce dès lors que les rapports qui lient employeurs et salariés reposent sur un équilibre délicat mettant en balance les intérêts de l'entreprise qui lui imposent de s'adapter aux exigences du marché et la protection des salariés, garantie au travers de principes tels que le droit à l'emploi ou le droit de grève.

Par ailleurs, le caractère très évolutif de la matière met tout particulièrement en lumière l'obsolescence de bon nombre de textes de lois. Or, à défaut d'une abrogation directe par le législateur, la question prioritaire de constitutionnalité pourrait être l'occasion d'un « toilettage » de certaines lois sociales qui seraient alors adaptées au regard des principes constitutionnels en cause. La décision rendue récemment par le Conseil constitutionnel en matière de droit de la sécurité sociale en fournit une illustration (Cons. const. 18 juin 2010, n° 2010-8 QCP).

D'une manière plus générale, la question prioritaire de constitutionnalité pourrait également avoir un impact important dans les relations entre l'État et les collectivités locales, notamment s'agissant de la mise en œuvre du principe de libre

administration des collectivités et pour l'application du principe de compensation intégrale des charges transférées en cas de transfert de compétences.

J. S. | *A priori*, on ne voit pas quel domaine du droit pourrait rester à l'écart de la question prioritaire de constitutionnalité.

Mais on peut penser que certains domaines offriront un terrain plus propice à la question prioritaire de constitutionnalité, le droit du travail, celui de la protection sociale (v. not. la question sur les art. L. 451-1 et L. 452-1 à 452-5 CSS sur la réparation des accidents du travail et la réponse qu'a apportée le Conseil dans sa décision du 18 juin 2010), le droit fiscal (un nombre important des questions concernent le droit fiscal, v. sur ce point la décision du même jour en réponse à une question relative à la compétence négative en matière de TVA), le droit de la concurrence, le droit boursier mais également l'ensemble des matières où il existe des procédures inquisitoires pouvant porter atteinte aux libertés individuelles et des mesures répressives qui peuvent conduire à des sanctions que la Cour européenne des droits de l'homme, en raison de leur gravité, a eu l'occasion d'assimiler à des sanctions pénales.

Déjà toute loi concernant le droit du travail fait presque systématiquement l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. On peut donc penser que l'utilisation de la question prioritaire de constitutionnalité va intégrer la panoplie des recours contre les textes qui ne reposent pas sur un consensus au même titre que le contrôle de conventionnalité déjà très utilisé (en dernier lieu, contre la loi sur la représentativité syndicale en 2008).

L'utilisation de la question prioritaire de constitutionnalité va permettre en particulier de confronter les lois en vigueur aux dispositions particulièrement floues du Préambule de la Constitution qui garantissent par exemple la participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, ainsi qu'à la gestion des entreprises.

On dénombre déjà quatre questions prioritaires de constitutionnalité sur la loi sur la rénovation de la démocratie sociale illustrant la résistance aux modifications opérées par ce texte.

La question du droit de l'environnement est également particulièrement intéressante, puisqu'ainsi que cela a été rappelé précédemment, la Charte de l'environnement a élevé certains droits au rang de droits constitutionnels et qu'un conflit entre ces droits et d'autres droits ou libertés constitutionnels n'est pas théorique.

Mais derrière l'invocation de tel droit ou de telle liberté, il y a des enjeux économiques et sociaux. Certes, le Conseil statue en droit, mais l'on ne peut penser qu'il soit indifférent à l'environnement économique et social de la loi ou de la disposition de nature législative qui lui sera déférée, comme tout autre juge.

J.-H. C. | Tous les domaines mais peut-être plus particulièrement ceux touchant aux libertés publiques (presse...) et au droit fiscal (sous l'angle de la sécurité juridique).

H. de V. | – **droit du travail** : bien entendu sur de nombreux points dans le cadre des textes en vigueur mais au-delà peut-on imaginer une QPC sur le fondement d'un droit à l'emploi ?

- **droit des sociétés** : oui,
- **droit fiscal** : oui sur le fondement de l'égalité de traitement par exemple,
- **droit de l'environnement** : oui sur le fondement du principe de précaution notamment,
- **droit de la concurrence** : oui,
- **droit et procédure pénale** : essentiellement,
- **droit de la consommation** : oui avec les initiatives « prévisiblement » agressives des associations de consommateurs.

On peut également s'interroger sur les possibilités d'extension de ce contrôle de constitutionnalité aux droits et pouvoirs des autorités de régulation notamment

sur la conformité aux droits fondamentaux de dispositions réglementaires de plus en plus contraignantes, parfois arbitraires voire inéquitable imposées aux banques.

C'est probablement l'un des enjeux majeurs pour le secteur bancaire et financier de plus en plus réglementé et contrôlé. La Cour européenne des droits de l'homme n'a-t-elle pas constaté la violation de l'article 6.1 de la Convention des droits de l'homme en raison du défaut d'indépendance et d'impartialité de la Commission bancaire ?

J.-C. S. | Les seules limites de la QPC sont celles que les justiciables voudront

bien lui donner. S'agissant de l'entreprise, la créativité des juristes d'entreprises et des avocats d'affaires va bien entendu jouer son rôle. Les matières qui viennent à l'esprit sont le droit du travail (liberté d'expression, liberté syndicale...), le droit fiscal (égalité devant les charges publiques...), le droit de la concurrence (liberté d'entreprendre, liberté de circulation, séparation des pouvoirs...), le droit de l'environnement (principes de la Charte de l'environnement de 2004...). Il faut bien sûr y ajouter le droit pénal et la procédure pénale, qui mettent en cause directement les droits et libertés protégés par la Constitution.

3 – Pensez-vous que la question prioritaire de constitutionnalité pourra renforcer les exigences de sécurité juridique (non rétroactivité, liberté contractuelle...) ou, au contraire est-elle susceptible d'être un facteur d'insécurité juridique par la menace qu'elle fait peser sur certaines dispositions législatives ?

349

L. W. & A. | À court terme, elle semble constituer un facteur d'insécurité juridique : par exemple, quelles conséquences tirer d'une abrogation d'une disposition législative sur une situation contractuelle bien établie prise en application de cette législation ? Qui est responsable ? Quel préjudice indemnisable et comment l'évaluer ? Par ailleurs, comment les praticiens du droit réagiront-ils face à une disposition législative identifiée comme potentiellement inconstitutionnelle mais n'ayant pas fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ?

Cette insécurité juridique doit, toutefois, être relativisée : elle devrait, à moyen terme, fortement diminuer une fois que le Conseil constitutionnel se sera prononcé sur plusieurs questions prioritaires de constitutionnalité et qu'il sera, dès lors, plus facile d'apprécier la manière dont les questions posées seront traitées.

Il est même envisageable que, dans la mesure où une disposition législative

constituerait une contrainte suffisamment directe et importante pour elles, voire un désavantage compétitif sur leur marché, les entreprises soient susceptibles de considérer la question prioritaire de constitutionnalité comme un élément de nature à renforcer la sécurité juridique qu'elles recherchent.

Ainsi, à titre d'exemple, les entreprises les plus confrontées aux enquêtes des autorités de concurrence (avec saisie massive de documents stratégiques) espèrent que la procédure d'enquête pourra être mieux encadrée, grâce à des questions prioritaires de constitutionnalité relatives au respect du droit de la défense, ce qui conduirait, à terme, à une plus grande sécurité juridique.

J. S. | Le premier sentiment, si tant est que l'on puisse parler de sentiment en droit constitutionnel, est celui d'une certaine grisurie devant le champ potentiellement très vaste de la question prioritaire de constitutionnalité.

Combien de fois n'a-t-on pas ressenti une frustration, un sentiment d'injustice lorsqu'une loi a été promulguée sans être déferée au Conseil constitutionnel alors que l'on considérait, souvent à l'issue de la consultation d'un éminent constitutionnaliste, que ce texte comportait des dispositions non conformes à la Constitution.

Les entreprises ont souvent le sentiment d'être un peu piégées par la législation et la réglementation abondante, complexe et quelquefois contradictoire. La possibilité de remettre en cause certaines dispositions législatives non soumises au contrôle du Conseil constitutionnel apparaît comme une ouverture intéressante.

Mais ce premier sentiment cède assez vite le pas chez certains face au besoin de sécurité et de stabilité du droit, essentiels au développement de l'activité économique.

D'aucuns n'hésitent pas à dire qu'ils préfèrent une stabilité insatisfaisante à un changement qui conduirait à une amélioration de leur situation juridique. Ce besoin de sécurité juridique incluant la stabilité juridique est particulièrement pressant sur les investisseurs étrangers qui veulent être assurés d'une certaine stabilité de l'environnement juridique du pays dans lequel ils investissent.

Si l'on prend l'exemple précité de la question prioritaire de constitutionnalité sur la loi sur les accidents du travail, il est vrai que cette saisine a suscité certaines interrogations au sein des organisations représentatives d'employeurs.

Il en va de même avec les questions qui sont ou seront soulevées en droit du travail, compte tenu de la latitude d'interprétation qui s'attache à des textes aussi imprécis que le Préambule de la Constitution ou aux frontières des grands principes comme celui de l'égalité devant la loi.

Mais on peut se demander si à moyen terme, la question prioritaire de constitutionnalité n'est pas, au contraire, de nature à renforcer cette sécurité juridique.

Tout d'abord parce que, comme cela a déjà été mentionné, cette procédure devrait permettre d'améliorer l'environnement juridique instable et peu clair avec lequel les entreprises sont obligées de composer aujourd'hui. Et ensuite parce que le législateur devrait intégrer cette dimension nouvelle et la qualité des lois s'en trouver améliorée, du moins peut-on l'espérer.

J.-H. C. | Les deux ! Indéniablement sur le premier point. Mais sur le second l'impression de politisation du Conseil conduit les chefs d'entreprise à avoir une confiance relative dans ses décisions (sinon même à les craindre).

H. de V. | Pour les entreprises la sécurité juridique c'est la prévisibilité car elles raisonnent de façon stratégique à moyen ou à long terme.

La question prioritaire de constitutionnalité renforce la sécurité juridique si elle est examinée *a priori*.

A posteriori elle risque de la fragiliser et doit donc constituer un ultime recours dans des cas « sérieux », ce que prévoit le texte. L'abrogation d'une disposition peut mettre en cause la cohérence de l'ensemble d'un dispositif et le priver de son efficacité.

Il ne faut pas non plus sous estimer l'utilisation de ce recours à des fins dilatoires ou même simplement procédurales.

La forme primerait alors sur le fond, ce qui n'est pas l'objectif et le risque d'abrogation, s'il n'est pas maîtrisé, dans son étendue et son effet rétroactif, peut en définitive pénaliser l'attractivité du droit français au plan international dont le renforcement est par ailleurs revendiqué.

J.-C. S. | Aujourd'hui le droit est une composante majeure de la stratégie des entreprises. Le formidable essor de la « compliance », qui conduit les entreprises à s'assurer que leurs stratégies, leurs comportements et leurs pratiques sont conformes à la loi en est l'illustra-

tion. Or les entreprises ne vivaient pas jusqu'à présent avec l'idée que les textes de loi sur lesquels repose leur investissement en matière de conformité étaient susceptibles d'invalidation. En ouvrant la voie à des domaines de contestation nouveaux et inexplorés, la QPC relativise quelque peu la confiance qu'on peut avoir dans la pérennité des textes en vigueur. Elle peut, de ce point de vue, constituer une source de préoccupation, voire de perturbation. Son impact sur la stratégie juridique des entreprises et sur la rigueur de leurs politiques de conformité, devra être étudié de près, à la lumière de l'expérience acquise.

Ceci étant, il reste que la vocation ultime de la QPC est de s'assurer que les lois de la République soient conformes aux objectifs fixés par la Constitution, norme suprême. En offrant à l'entreprise la pos-

sibilité de mettre les principes fondamentaux au centre du débat judiciaire et de contester sur ce fondement les règles qui pourraient constituer un obstacle à son développement (liberté de circulation, liberté d'entreprendre...), elle participe indiscutablement d'un objectif de recherche de sécurité juridique. À s'en tenir à une vision sociétale, les avantages devraient l'emporter sur les inconvénients, d'autant que la portée de ces derniers devrait se trouver fortement minimisée par le principe de non rétroactivité et par le caractère immuable de la décision prise. Il est par ailleurs permis de raisonner par analogie avec la conformité aux conventions internationales : la remise en cause des lois sur le fondement des conventions internationales était-elle attentatoire à la sécurité juridique ? Il ne le semble pas. La QPC ne devrait pas l'être davantage.

351

4 – Pensez-vous que les entreprises et les syndicats doivent jouer un rôle « proactif » dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, notamment en intervenant auprès du Conseil constitutionnel à l'occasion de telle ou telle question portée devant lui. En ce sens pensez-vous que la question prioritaire de constitutionnalité puisse être utilisée pour faire évoluer le droit ?

L. W. & A | On peut raisonnablement penser que les entreprises se montreront proactives en se servant de la question prioritaire de constitutionnalité lorsqu'il leur apparaîtra que certaines mesures sociales limitent trop fortement leurs droits propres et notamment la liberté d'entreprendre.

J. S. | Du côté du MEDEF, la réponse est incontestablement positive.

Si le MEDEF était amené à utiliser cette nouvelle procédure, ce serait probablement en tant qu'intervenant potentiel plutôt qu'en tant que demandeur.

Cette procédure est très satisfaisante en ce sens qu'elle est pleinement transparente et contradictoire, ce que ne sont pas toujours des interventions au niveau du contrôle *a priori* de constitutionnalité.

Bien sûr, cette procédure va pouvoir être utilisée pour faire évoluer le droit et, ce qui est intéressant, c'est qu'elle permet de revoir au travers des droits et libertés constitutionnels, un texte ancien et d'en débattre à nouveau sans nécessairement l'abroger (v. la décision sur les accidents du travail préc.).

J.-H. C. | On peut penser que les syndicats et les associations le feront avec ardeur. Les entreprises qui préfèrent en général consacrer leurs forces à d'autres combats seront beaucoup plus en retrait.

H. de V. | La QPC est, pour tout juriste, facteur de progrès de l'état du droit car elle doit permettre à chacun, personne physique ou morale, de s'assurer que la loi qui lui est appliquée est conforme aux droits et libertés que la Constitution garantit.

L'intervention proactive est l'expression d'un fonctionnement démocratique quelque soient les acteurs concernés.

Il s'agit de défendre, de faire valoir et de faire respecter les valeurs fondamentales qui sont le patrimoine commun de

la société à laquelle nous appartenons et dans laquelle nous travaillons.

Elle pourrait faire évoluer le droit à la limite si elle intégrait les valeurs d'éthique et d'équité, ce qui, à ce stade, n'est pas l'enjeu et mériterait plus ample réflexion. Ceci étant le rôle du Conseil constitutionnel devrait rester, me semble-t-il, centré sur la garantie des libertés fondamentales plus que sur l'évolution du droit qui relève d'autres institutions judiciaires.

J.-C. S. | La QPC est un instrument que les entreprises comme les syndicats ont intérêt à utiliser lorsqu'ils l'estiment légitime. Dans la mesure où elle peut permettre de rendre effectifs les principes consacrés par la constitution, elle contribuera nécessairement à faire évoluer le droit.

352

5 – L'effet abrogatif du contrôle de constitutionnalité vous paraît-il pouvoir constituer un enjeu important au regard du contrôle de conventionnalité qui ne peut conduire qu'à écarter l'application dans la loi dans le cadre d'un litige ?

L. W. & A | Tout dépendra de l'impact de la loi en cause sur l'activité et le marché de l'entreprise : si cet impact est suffisamment pénalisant, notamment en ce qu'il créerait une distorsion de concurrence, on peut penser que l'effet abrogatif attaché au contrôle de constitutionnalité constituera un enjeu important pour les acteurs économiques concernés.

J. S. | Avant même d'évoquer la portée d'une décision positive dans le cadre d'une procédure de constitutionnalité, le grand avantage de la question prioritaire de constitutionnalité réside dans le fait qu'elle peut être posée à tout stade de la procédure : première instance (sauf au niveau de la Cour d'assises, mais ceci ne concerne pas les entreprises), appel et cassation, alors que la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme ne

peut intervenir qu'une fois tous les recours épuisés.

En ce qui concerne l'effet abrogatif, c'est un peu l'arme atomique et l'on peut penser que le Conseil en usera avec modération. Car qui dit abrogation, dit le plus souvent nouvelle intervention législative et l'on ne sait jamais ce qui peut en ressortir, le remède pouvant s'avérer pire que le mal. En cela, la décision rendue à propos de la loi sur les accidents du travail est intéressante, en ce qu'elle déclare contraire à la Constitution une des dispositions du code de la sécurité sociale mais sans appeler à une intervention du législateur.

Ce qui est particulièrement important, c'est la possibilité dont dispose le Conseil de différer dans le temps l'abrogation afin d'en atténuer les effets et,

dans certains cas, de laisser au législateur le temps nécessaire pour intervenir. Cela étant, l'inconventionnalité d'un texte peut également aboutir à son retrait comme on l'a vu dans le cadre du contrat nouvelle embauche.

J.-H. C. | Dans la plupart des cas, chacun des contrôles aura son champ propre. Outre que certains domaines (travail, sécurité sociale par exemple) sont si fortement marqués par le droit national, il y aura rarement une option.

H. de V. | Il me paraît que la question du rapport entre contrôle de « conventionnalité » et de « constitutionnalité » doit être posée non pas en termes de gravité de la sanction mais de hiérarchie des normes.

Il ne peut y avoir de repli sur le respect de la Constitution aux dépens de celui du droit communautaire et des conventions internationales ratifiées par la France.

Il ne nous appartient pas, en tant qu'entreprise, de prendre partie dans les débats internes entre la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel mais nous souhaitons rappeler que notre

besoin est celui d'un système juridique moderne, cohérent et donc efficient répondant à un objectif de compétitivité.

En tant que plaideur il nous appartiendra, selon le cas d'espèce, d'opter entre une stratégie judiciaire visant à écarter l'effet d'une disposition ou à en rechercher l'abrogation.

J.-C. S. | L'effet abrogatif qui s'attache au contrôle de constitutionnalité donne à ce contrôle à la fois son vrai sens et sa dimension naturelle. On comprendrait mal que suite à une décision d'inconstitutionnalité, une règle demeure en vigueur tant qu'elle n'est pas à nouveau contestée. Le fonctionnement de la QPC respecte la hiérarchie des normes et c'est sa dynamique propre qui fait évoluer le droit. Ceci étant, on peut s'inquiéter de la complexité – et de l'insécurité susceptible d'en découler – de la distinction entre constitutionnalité et conventionnalité. Le bloc de constitutionnalité étant aujourd'hui enrichi de droit international et européen, la distinction des modes de contrôle par le juge ne peut que s'avérer délicate et donc source de contestation additionnelle.

6 – Pensez-vous que les services juridiques des entreprises, de leur organisation représentative, ou des syndicats soient aujourd'hui prêts à détecter les hypothèses qui peuvent justifier une question prioritaire de constitutionnalité ?

L. W. & A | Ces différents acteurs sont nécessairement sensibilisés aux nouvelles possibilités offertes par la question prioritaire de constitutionnalité.

Néanmoins, il n'est pas certain que ces acteurs disposent « en interne » des compétences requises pour détecter les hypothèses justifiant une question prioritaire de constitutionnalité et/ou en évaluer les chances de succès.

Le succès dépendra donc de l'émergence de véritables « spécialistes » de ces

questions, seuls à même de pouvoir apprécier une éventuelle inconstitutionnalité et donner un conseil éclairé sur la manière de poser en de bons termes une question prioritaire de constitutionnalité.

Il reste à savoir si ces « spécialistes » seront des constitutionnalistes ou des praticiens spécialisés dans un secteur (concurrence, droit social, droit de l'environnement, droit civil, etc.) qui vérifieront lorsqu'ils seront saisis les possibilités de poser une question prioritaire de constitutionnalité.

J. S. | Il ne nous appartient pas de répondre pour les syndicats, même si nous pouvons penser qu'ils auront une action motrice en ce domaine.

En ce qui concerne les entreprises et leurs organisations représentatives, une réponse générale n'aurait pas beaucoup de sens. Certains de nos membres sont déjà très impliqués, c'est notamment le cas des assureurs et de leurs organisations professionnelles, soit que l'entreprise intervienne en tant qu'assureur de l'une des parties (décis. du 18 juin 20101 préc.), soit que la fédération intervienne dans la procédure (décis. du 11 juin 2010 dans l'affaire de loi du 4 mars 2002).

Le degré de sensibilité au droit des entreprises est très variable et par conséquent celle à cette nouvelle possibilité d'intervenir de manière directe dans l'évolution du droit. Il nous appartient en tant qu'organisation professionnelle de les sensibiliser à cette question.

De leur côté, les barreaux, les cabinets d'avocats organisent de nombreuses formations à ce sujet à destination des avocats ou de leurs clients. C'est tout à fait utile. Mais ce serait dommageable, en revanche, qu'une systématisation des questions prioritaires ne finisse par les instrumentaliser et ne paralyse le législateur.

Mais nous pouvons faire confiance aux Cours de l'ordre judiciaire et administratif et au Conseil constitutionnel pour garder le droit français de cette dérive fâcheuse.

J.-H. C. | Ce sera à mon sens davantage les avocats des entreprises (à l'exception des très grandes qui ont des services juridiques étoffés) qui sont à l'affût de moyens, qui détecteront et pousseront leurs clients à engager une QPC.

S'il est manifeste que la plupart du temps les entreprises connaissent parfaitement (mieux souvent que les avocats et les juges) le domaine législatif et réglementaire de leurs spécialités et spécificités, je pense que lorsqu'un élément important sera en jeu, elles préféreront demander à leurs propres organismes de représentation (syndicat, association, ordre, comité...) le soin de défendre et combattre pour leurs intérêts professionnels. Ces organismes sont puissants et bien outillés (par ex le LEEM pour la pharmacie). Les entreprises souhaitent en général éviter la personnalisation du litige (toujours la crainte du juge), préférant transaction, conciliation, médiation ou arbitrage.

H. de V. | Les entreprises ne sont pas prêtes.

À ma connaissance le secteur bancaire n'a pas encore développé une réflexion stratégique de nature défensive ou offensive pour l'utilisation de ce nouveau moyen de recours. Le risque est que les conseils externes peuvent se voir reprochés de ne pas avoir détecté l'argument et de pas l'avoir exploité « surinvestissent » dans ce domaine.

Le principe de précaution leur imposerait d'examiner cet aspect complexe et aléatoire mais ce sera dans certains cas contreproductif en termes de délais et de coûts.

J.-C. S. | Lorsqu'une entreprise est confrontée à un problème de droit, il n'y a pas de raison qu'elle n'utilise pas tous les moyens à sa disposition pour faire valoir sa position, dès lors que ces moyens sont solides et que l'enjeu est significatif. Des questions de délai et de coût surgiront inévitablement, mais ces questions sont inhérentes à l'activité contentieuse et devront être traitées comme telles.

CHRONIQUES

Pouvoirs et institutions

Fonction
gouvernementale

Sous la direction de
Pierre-Henri Prélot
Professeur à l'Université
de Cergy-Pontoise

Le rapport en date du 21 juin 2010, remis au Premier ministre par Michel Camdessus, préconise le retour à l'équilibre des finances publiques à travers le vote de lois-cadres de programmation pluriannuelles dont le contenu obligatoire serait renforcé au regard des actuelles lois de programmation. Le dispositif proposé requiert une révision constitutionnelle, dont la réflexion qui suit se propose d'interroger l'utilité à la lumière du mécanisme allemand de *frein à l'endettement* (*Schuldenbremse*) constitutionnalisé en 2009.

Le retour à l'équilibre des finances publiques et la Constitution. Examen critique des propositions du rapport Camdessus

355

Rapport du groupe de travail présidé par Michel Camdessus, Gouverneur honoraire de la Banque de France ; Rapporteur : Renaud Guidée, Inspecteur des Finances – 21 juin 2010.

Mots clés | Finances publiques – Déficit public – Réforme constitutionnelle – Équilibre des finances publiques

Le président de la République a annoncé le 20 mai 2010, en conclusion de la deuxième conférence nationale sur les déficits publics, sa volonté de « changer notre façon de piloter les finances publiques », afin notamment que « la France se dote d'une règle d'équilibre pour l'ensemble de ses administrations publiques ». Estimant que « le redressement des finances publiques ne doit pas être l'engagement d'un gouvernement, mais de la Nation », et qu'« il doit donc s'inscrire dans la durée », il a souhaité une révision de la Constitution sur la base

des conclusions à venir du groupe de travail présidé par Michel Camdessus¹.

Une telle démarche atteste de l'évolution profonde du sens des constitutions modernes, conçues historiquement pour rationaliser l'organisation des pouvoirs, et qui tendent à devenir des instruments dynamiques d'orientation des politiques publiques. S'interrogeant sur le point de savoir qui du Président ou du Gouvernement détermine la politique de la Nation, le Comité Balladur n'a pas songé à une autre formulation qui

(1) Dans le cadre des Conférences sur le déficit réunies le 28 janv. et le 20 mai 2010, trois groupes de travail ont été installés. L'un d'eux (coprésidé par Gilles Carrez et Michel Thénault) était chargé de travailler sur les finances locales, un autre (présidé par Raoul Briet) sur l'assurance maladie. Le groupe de travail présidé par Michel Camdessus avait pour mission « la recherche d'une règle d'équilibre pour les finances publiques ». Son rapport au Premier ministre est daté du 21 juin.

détient elle aussi sa part de vérité, selon laquelle l'un et l'autre ne font que conduire la politique nationale que définit la Constitution. Car lorsque celle-ci affirme que la France est une république laïque, sociale, ou décentralisée, et proclame des droits en conséquence, c'est bien en vue que les pouvoirs publics conforment leur action à de tels principes. La garantie constitutionnelle des droits appelle nécessairement une politique des droits et réciproquement, l'une étant à l'autre un peu de ce que l'œuf est à la poule. Ainsi les mesures de parité active visant à renforcer la participation des femmes à la vie politique n'ont-elles pu se déployer qu'à partir de la révision constitutionnelle de 1999. La matière économique et financière n'est pas en reste. Dans l'Allemagne weimarienne déjà, c'est la question de la stabilité monétaire qui est au point de départ du contrôle constitutionnel de la loi². S'agissant de la France, il existe d'ores et déjà un « *principe fondamental* » d'équilibre économique et financier des finances publiques dont le respect s'impose au législateur³. L'article 34 mentionne quant à lui « l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques ». Autrement dit l'enjeu de la proposition présidentielle est, selon le titre même du rapport que l'on se propose d'analyser ici, de « réaliser l'objectif constitutionnel d'équilibre des finances publiques », en rivant à la constitution « les chaînons manquants de notre ordre financier »⁴. Dans la perspective que l'on vient de tracer une telle proposition n'a rien d'incongru.

L'interdiction constitutionnelle des déficits budgétaires figurait en 2007 dans l'« *abécédaire* »⁵ des propositions du candidat Nicolas Sarkozy, ainsi qu'au programme de François Bayrou. Elle a fait l'objet en 2008 d'une proposition de loi constitutionnelle⁶. Cette fameuse *règle d'or* s'inspire de la *goldene Regel* allemande, inscrite dans la loi fondamentale en 2009, et qui prescrit – hors situation d'exception – l'équilibre budgétaire des recettes et des dépenses sans recours à l'emprunt⁷, le déficit devant être ramené à 0.35 % du PIB au niveau fédéral à partir de 2016, et supprimé intégralement pour les Länder à partir de 2020. D'ici là, la Fédération comme les Länder ont la possibilité de s'écarter (*abweichen*) ponctuellement de la règle d'équilibre budgétaire⁸. Enfin des *aides de consolidation*, d'un montant annuel de 800 millions d'euros, seront versées par la Fédération à certains Länder dits « faibles », en vue d'aider leur retour à l'équilibre en 2019. Pour mesurer, du point de vue de l'expertise constitutionnelle⁹, la validité d'un tel mécanisme de « *frein à la dette* » (*Schuldenbremse*) dans le cadre français, on se propose d'analyser les raisons qui ont pu expliquer le recours à la loi fondamentale en Allemagne, en se demandant si, transposées de notre côté du Rhin, les mêmes raisons sont également valables. Cette mise en perspective sera combinée avec un examen des spécificités du dispositif proposé par le rapport Camdessus, par rapport au dispositif allemand qui a très manifestement servi de modèle.

- (2) V. la thèse de Renaud Baumert, *La découverte du juge constitutionnel entre science et politique*, LGDJ, Fondation Varenne, 2010, 612 p., p. 148 s.
- (3) V. Cons. const. n° 79-110 DC du 24 déc. 1979, loi de finances pour 1980.
- (4) Rapport, p. 8.
- (5) « *Je m'engage à ramener la dette en dessous des 60 % du PIB d'ici 2012, et à créer les conditions qui nous permettent d'inscrire une « règle d'or » dans la Constitution : aucun déficit budgétaire autorisé si ce n'est pour des dépenses d'investissement* ».
- (6) Proposition n° 573, déposée le 9 janv. 2008.
- (7) *Einnahmen und Ausgaben sind grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen* (art. 109 et 115).
- (8) Art. 143 (d).
- (9) Une telle approche s'impose d'autant plus que le groupe de travail ne comprenait aucun spécialiste du droit constitutionnel (financier), à la différence des précédents comités ayant pour objet une révision constitutionnelle. V., C. Astruc, *L'expertise constitutionnelle : étude sur les comités de réflexion et leurs rapports*, Mémoire master droit public, Université de Cergy-Pontoise, 2010, 199 p.

I.-Fédéralisme v/ décentralisation

Dans les faits, l'Allemagne s'est engagée, au tournant des années 2000, dans une importante réforme de son organisation fédérale que rendait nécessaire une concentration aggravée des pouvoirs au détriment des Länder, ainsi que le grip-page de plus en plus fréquent des mécanismes de codécision. La réunification, conduite au pas de charge, ainsi que le renforcement de l'intégration européenne, dans les années 1990, ont bouleversé l'économie des relations entre le Bund et les Länder tout autant que l'équilibre entre les Länder, contribuant à ce renforcement du pouvoir fédéral. La première réforme importante du fédéralisme (*Föderalismusreform I*), intervenue en 2006, procède à une clarification des compétences⁽¹⁰⁾. Elle s'attache également à renforcer l'autonomie administrative des Länder.

Mais cette réforme laissait de côté, pour l'essentiel, la Constitution financière⁽¹¹⁾. Sa révision devait intervenir dans une seconde phase à suivre, dont le FDP avait fait la condition de son vote favorable de 2006⁽¹²⁾. De fait, la Commission pour la modernisation de l'ordre fédéral⁽¹³⁾ installée en mars 2007, et chargée de formuler des propositions de modernisation des relations financières entre la Fédération et les Länder, s'est trouvée confrontée, sur fond d'aggravation de la crise économique, au problème de l'endettement des finances publiques, tant fédérales que locales. Dans une décision du 9 juillet 2007, le tribunal constitutionnel soulignait fortement la nécessité de

réviser la constitution fédérale en vue de mettre fin à la politique d'endettement pratiquée avec constance depuis la réforme budgétaire et financière de la fin des années 1960⁽¹⁴⁾. Un tel endettement ayant pour effet de fausser le jeu des mécanismes de péréquation financière qui sont au fondement du fédéralisme coopératif, l'assainissement préalable des finances constituait le préalable à toute réforme financière de fond du fédéralisme, et c'est donc sur cette question que s'est focalisée la réforme constitutionnelle de 2009.

Le recours à la procédure constitutionnelle pour juguler l'endettement s'explique donc au départ par des raisons propres au fédéralisme allemand. La réduction des déficits publics soulève bien entendu en France des problèmes analogues de solidarité financière entre l'état et les collectivités territoriales, considérant que –comme au reste en Allemagne– la fiscalité est fortement centralisée, et qu'une part significative des recettes locales provient des transferts de l'État. Mais alors que dans l'ordre fédéral les mécanismes distributifs sont définis par la Constitution, en France c'est la loi (art. 34) qui détermine les principes fondamentaux « de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources »⁽¹⁵⁾. Autrement dit, la répartition pluriannuelle de l'effort financier entre l'État et les collectivités territoriales n'a aucun besoin d'être figée dans la Constitution, sauf à vouloir renforcer l'autonomie financière des collectivités territoriales. Sur cette question, le rap-

(10) La révision constitutionnelle du 28 août 2006 supprime notamment les compétences fédérales en matière de lois-cadres, et réduit le champ des compétences concurrentes, au profit des compétences exclusives (de la Fédération ou des Länder). M. Fromont, « La réforme du fédéralisme allemand en 2006 », *RFDC* 2006, 227 s. Y. Vilain, « Acte I de la réforme du fédéralisme allemand : un lent et difficile accouchement », *Pouvoirs locaux* 2009 113-120.

(11) Loi fondamentale, Partie X, *Les Finances*, art. 104 à 115.

(12) La dernière grande réforme des finances publiques, d'inspiration keynésienne, remontait à 1967-1969.

(13) *Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung*.

(14) "Freilich ist an der Revisionsbedürftigkeit der geltenden verfassungsrechtlichen Regelungen gegenwärtig kaum noch zu zweifeln: Unabhängig von der Frage, wie das Grundkonzept einer nachfrageorientierten diskretionären Fiskalpolitik nach keynesianischem Vorbild inhaltlich zu beurteilen ist..., ergibt sich dies aus der Erfahrung, dass die staatliche Verschuldungspolitik in der Bundesrepublik in den seit der Finanz- und Haushaltsreform 1967/69 vergangenen nahezu vier Jahrzehnten nicht antizyklisch agiert, sondern praktisch durchgehend einseitig zur Vermehrung der Schulden beigetragen hat" (§ 133).

(15) Art. 34. V. égal. l'art. 72-2 issu de la révision constitutionnelle de 2003.

port Camdessus renvoie aux conclusions du rapport Carrez-Thénault¹⁶, sur lesquelles le président de la République s'est appuyé pour annoncer le gel des concours financiers de l'état aux collectivités locales dès 2011. Le rapport Camdessus préconise également que la « norme d'évolution des concours aux collectivités territoriales », qui figure actuellement dans la loi de programmation des finances publiques du 9 février 2009, soit à l'avenir inscrite dans un rapport annexé aux futures lois cadre de programmation pluriannuelle des finances publiques (LCPPFP).

II.-Pacte européen de stabilité et Constitution

La révision constitutionnelle du fédéralisme intervenue en 2006 comprenait également un important volet « européen », indissociable de ce premier volet « fédéral ». Déjà, le nouvel article 109 (§5) GG ajouté en 2006 faisait directement référence à l'article 104¹⁷ du Traité instituant la Communauté européenne, et relatif au fameux Pacte de stabilité et de croissance dont l'Allemagne est à l'origine et auquel elle est particulièrement attachée. Il répartit entre la Fédération et les Länder la charge des sanctions en cas de non respect de la discipline budgétaire¹⁸. La réforme intervenue en 2009 s'inscrit dans le prolongement direct de ces dispositions européennes adoptées en 2006. Dans la note¹⁹ qu'il adresse pour le gouverne-

ment fédéral à la Commission de modernisation, début 2008, le ministre fédéral de l'économie et des finances adosse explicitement le mécanisme constitutionnel de régulation de la dette qu'il préconise aux engagements résultant du pacte européen de stabilité et de croissance²⁰. Prenant ces engagements au sérieux il souligne que le Pacte de stabilité et de croissance exige d'être respecté par les États non pas seulement dans l'élaboration du budget, mais aussi et directement dans les faits (*im Tatsächlichen*), ce qui implique un contrôle de son exécution quant au respect effectif de la limite d'endettement structurel. Au point de vue technique, le projet présenté à la Commission par le Ministre des finances prend comme point de départ le principe du *close to balance* du pacte européen de stabilité et de croissance²¹. C'est ce projet gouvernemental qui forme la substance de la révision constitutionnelle de 2009.

L'ancrage européen du projet français est quant à lui beaucoup plus discret. Le rapport souligne (p. 35) « l'impératif d'engager aussi une action continue, après qu'aurait été atteint l'objectif d'équilibre, pour ramener notre endettement au-dessous du plafond autorisé par les règles européennes ». Mais à la différence de l'Allemagne, la constitutionnalisation directe du Pacte de stabilité n'est absolument pas évoquée, même sous forme d'hypothèse. Outre ce qu'elle révèle du rapport pusillanime, comparé à l'Allemagne, des Français à l'Europe, une telle déconnection pré-

358

- (16) Rapport du groupe de travail sur la maîtrise des dépenses locales, 20 mai 2010.
 (17) Devenu avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'art. 126 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
 (18) Art. 109 (§ 5) : « Les obligations de la République fédérale d'Allemagne découlant des actes juridiques de la Communauté européenne pris sur le fondement de l'article 104 du traité instituant la Communauté européenne, relatif au respect de la discipline budgétaire, incombent en commun à la Fédération et aux Länder. Les mesures de sanction de la Communauté européenne sont supportées par la Fédération et les Länder dans la proportion 65 à 35... ».
 (19) Note du 23 janv. 2008, Nécessité et contenu d'une nouvelle règle d'endettement dans la Constitution (*Notwendigkeit und Inhalt einer neuen Schuldenregelung im Grundgesetz*).
 (20) La note souligne que les conditions générales (*Rahmenbedingungen*) qui ont présidé à la révision de 1967-69 ont changé, du fait de la globalisation économique, des dépenses résultant des évolutions démographiques et du renforcement de la protection sociale, ainsi que des engagements du pacte européen de stabilité et de croissance (*Neben den Regelungen des Grundgesetzes müssen die hinzugekommenen Vorgaben des europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes dauerhaft eingehalten werden*).
 (21) *Die hier vorgeschlagene Lösung knüpft an dem Close-to-Balance-Grundsatz des europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakts an.*

sente l'inconvénient réel d'exposer le gouvernement à un double niveau de contrainte, rien ne permettant d'exclure *a priori*, compte tenu des annonces de durcissement (*Verschärfung*) du Pacte européen de stabilité, qu'un futur programme pluriannuel national de retour à l'équilibre qu'aurait validé le juge constitutionnel français puisse être jugé insuffisant à Bruxelles. De ce point de vue l'on ne peut que regretter l'absence, dans le rapport, d'une véritable réflexion sur le Pacte de stabilité, et sur la mise en cohérence d'une règle constitutionnelle d'équilibre avec les exigences résultant de tels engagements. Certes, le rapport préconise que le Parlement se prononce à l'avenir sur les engagements de la France en application du Pacte européen de stabilité, à travers le vote du rapport annexé à la LCPFP²². Une telle proposition ne peut qu'être approuvée du point de vue du contrôle démocratique, mais elle ne change rien au problème.

III.-L'improbable consensus

Le contexte dans lequel est intervenue la réforme financière et budgétaire allemande présente une troisième singularité, cette fois politique, à savoir qu'elle est l'œuvre de la Grande coalition au pouvoir entre 2005 et 2009. C'est la Grande coalition qui a permis en 2006 l'aboutissement de la réforme du fédéralisme, enlisée en commission depuis 2004. C'est elle également qui a conduit celle de 2009. La révision constitutionnelle doit être approuvée « par les deux tiers des membres du Bundestag et les deux tiers des voix du Bundesrat » (art. 79-2), et elle n'a été rendue pos-

sible qu'en raison de la capacité des forces politiques²³ à s'accorder sur une date de retour à l'équilibre budgétaire. De fait, c'est cette question fondamentale de la mutation d'une question jusqu'ici politique – la définition annuelle des équilibres budgétaires – en une règle constitutionnelle objective – la mise en œuvre d'un cadre contraignant pour la définition de tels équilibres – qui constitue la pierre d'achoppement de la réforme proposée par le rapport Camdessus. Compte tenu des règles de quorum fixées pour la révision parlementaire de la Constitution (3/5 des suffrages exprimés par le Congrès), aucune réforme n'est possible si une partie au moins de l'opposition ne s'y oppose pas. Dans son communiqué de presse du 25 juin faisant suite à la remise du rapport Camdessus le Premier ministre annonce ainsi qu'il « engagera prochainement les consultations avec les forces politiques, pour déterminer plus précisément les contours d'une réforme consensuelle, au service d'une croissance durable ». À moins de deux années d'une élection présidentielle, un tel consensus est hautement improbable.

Conscient de la difficulté politique, le groupe de travail présidé par Michel Camdessus avait cherché au départ à faire l'économie d'une révision constitutionnelle. Le rapport d'étape du 20 mai 2010 privilégiait ainsi l'adoption d'une loi organique, qui viendrait en application de l'article 34 préciser le contenu et la portée des lois de programmation des finances publiques instituées par la réforme de 2008. La révision de la Constitution n'était évoquée qu'à titre d'hypothèse²⁴. Mais compte tenu de l'impossibilité de conférer

(22) L'objet de ce rapport est de détailler « l'effort structurel et les trajectoires de solde structurel et de solde effectif résultant des engagements pris par le Parlement dans le dispositif de la loi-cadre. Ces éléments doivent en effet figurer dans le programme de stabilité transmis pour la période considérée à la Commission européenne et au Conseil. Le Parlement pourrait ainsi se prononcer sur le programme de stabilité... ».

(23) La CDU-CSU et le SPD, partenaires de la grande coalition, mais également le FDP.

(24) « Si cela était estimé utile, ces changements pourraient faire l'objet d'une modification constitutionnelle au moment jugé opportun. S'il était décidé de donner immédiatement une dimension constitutionnelle à ce renforcement des lois de programmation des finances publiques, la réforme consisterait à rehausser leur rang dans la hiérarchie des normes, afin que les lois de finances et les lois de financement de la sécurité sociale s'inscrivent obligatoirement dans le cadre qu'elles définissent ».

un caractère obligatoire à des engagements pluriannuels résultant d'une simple loi organique²⁵, le rapport final propose finalement une révision constitutionnelle.

À la différence de la solution allemande, le dispositif proposé ne prévoit pas toutefois de constitutionnaliser un échéancier précis de retour à l'équilibre, qui n'aurait pas la moindre chance d'aboutir. Afin de donner un caractère d'effectivité à l'objectif d'équilibre des finances qui figure déjà, pour les lois de finances comme pour les lois de financement de la sécurité sociale, à l'article 34, il préconise le vote, selon une périodicité tri ou quinquennale, d'une LCPPFP fixant en euros constants, pour chaque exercice de la période de programmation, le plafond du niveau des dépenses et le plancher des recettes de l'état²⁶. Les engagements inscrits dans la loi-cadre s'imposent aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale dans les conditions définies par une loi organique nouvelle prévue à l'article 34 C.²⁷ La loi organique fixerait également la date à laquelle l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques serait atteint²⁸. Autrement dit la proposition s'inscrit dans la continuité de la logique *présidentialiste* du comité Balladur de 2007, à savoir que toute majorité nouvelle aurait l'obligation, au moment de son accession au pouvoir, de déterminer la

date de retour à l'équilibre des finances et de voter en conséquence une loi pluriannuelle de programmation fixant « la trajectoire vers la cible d'équilibre ». Mais surtout, celle-ci ne serait jamais liée que par des objectifs qu'elle aurait elle-même définis, sous réserve bien entendu qu'ils soient conformes à l'exigence constitutionnelle de retour à l'équilibre. C'est sur cette marge de manœuvre laissée au *politique* que reposent les chances, bien faibles, de réunir une majorité qualifiée pour voter la réforme.

IV.-L'appel au juge

L'interdiction constitutionnelle des déficits a pu être comparée à la situation d'Ulysse « qui, se sentant incapable de résister au chant des sirènes, demande à ses compagnons de le lier au mât de son navire et leur ordonne de n'obéir sous aucun prétexte à ses demandes de le détacher mais au contraire de resserrer les cordes. Le Conseil constitutionnel étant chargé d'annuler toute loi contraire à la Constitution, il est, comme les compagnons d'Ulysse, chargé de ne pas tenir compte des appels pressants des parlementaires à écarter les règles constitutionnelles au nom de la souveraineté du peuple »²⁹. Le cœur du dispositif repose en effet sur le pouvoir de contrôle et de

- (25) Dans un avis d'assemblée du 27 mars 2008 (n° 381.365) le Conseil d'État rappelle ainsi clairement que « le principe de l'annualité budgétaire, dont le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle en tant qu'il découle de l'article 47 de la Constitution et répond au double impératif d'assurer la clarté des comptes de l'état et de permettre un contrôle efficace par le Parlement... fait obstacle à ce que le législateur, fût-il le législateur organique, confère un caractère impératif à des plafonds de dépenses établis pluriannuellement ou même prévoient que, sauf dispositions contraires de la loi de finances de l'année, de tels plafonds pluriannuels s'imposent par eux-mêmes, année après année ».
- (26) Les lois-cadre seraient débattues et prolongées chaque printemps d'une année supplémentaire, afin de permettre une actualisation du dispositif. Mais « pour chacune des années de la période de programmation, il ne serait possible au législateur d'augmenter le plafond du niveau des dépenses ou de diminuer le plancher des mesures nouvelles de recettes prévus par la LCPPFP qu'à condition, respectivement, d'augmenter au moins à due concurrence les mesures nouvelles en recettes ou de diminuer au moins à due concurrence le niveau des dépenses. Cette fongibilité entre plafonds des dépenses et mesures nouvelles en recettes permettrait de préserver l'effort global de redressement des finances publiques fixé pour chaque exercice par la LCPPFP tout en offrant au législateur une liberté d'utilisation des instruments à cette fin, en dépenses ou en recettes ».
- (27) Il serait ajouté à l'art. 34 le paragraphe suivant : « Les lois-cadre de programmation des finances publiques déterminent les normes d'évolution et les orientations pluriannuelles des finances publiques en vue d'assurer l'équilibre des comptes des administrations publiques. Une loi organique précise le contenu des lois-cadre de programmation des finances publiques, la période qu'elles couvrent et celles de leurs dispositions qui s'imposent aux lois de finances et aux lois de financement de la sécurité sociale ».
- (28) À vrai dire le rapport est imprécis, il évoque également la possibilité que cette date soit inscrite dans la LCPPFP ou dans le rapport annexe. Quoiqu'il en soit, elle « relèverait de la discrétion du législateur ».
- (29) M. Clément, L'interdiction des déficits et le complexe d'Ulysse, Slate.fr.