

Commentaire

Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015

Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

Le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a été délibéré le 10 décembre 2014 en conseil des ministres. Le texte a été considéré comme adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 19 février 2015, après l'engagement de la responsabilité du Gouvernement en application du troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution, puis adopté par le Sénat le 12 mai 2015. Après l'échec de la CMP, le texte a été considéré comme adopté par l'Assemblée nationale le 18 juin 2015 à la suite d'une nouvelle application du troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution. Le Sénat a adopté le texte modifié en nouvelle lecture le 1^{er} juillet 2015. Enfin, de nouveau après l'engagement par le Premier ministre de la responsabilité du Gouvernement, le texte a été considéré comme adopté en lecture définitive le 10 juillet 2015.

Le Conseil constitutionnel a été saisi par plus de 60 députés et plus de 60 sénateurs.

Les députés faisaient porter leurs critiques sur la procédure parlementaire et sur les articles 31, 39, 50 à 58, 60, 61, 63 à 65, 67, 216 et 266 de la loi déferée.

Les sénateurs, pour leur part, ne formulaient pas de grief procédural et concentraient leurs reproches sur les articles 39, 50, 52, 57, 60, 63 à 65, 67 et 238 de la loi déferée.

Dans sa décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, le Conseil constitutionnel a déclaré la procédure d'adoption de la loi déferée conforme à la Constitution (cons. 2 à 18).

Il a déclaré conformes à la Constitution les dispositions de l'article 31, relatives à l'encadrement des relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail (cons. 19 à 26) ; certaines dispositions de l'article 50, relatives aux tarifs réglementés de certaines professions juridiques (cons. 34 à 47) ; certaines dispositions de l'article 51, relatives aux règles de postulation des avocats et à la fixation de leurs honoraires (cons. 54 à 64) ; les paragraphes I à III et V de l'article 52, relatifs aux conditions d'installation des notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires (cons. 66 à 73) ;

certaines dispositions des articles 53, 54, 55 et 56, relatives à l'instauration d'une limite d'âge pour l'exercice des professions de notaire, huissier de justice, commissaire-priseur judiciaire et greffier de tribunal de commerce (cons. 81 à 88) ; les paragraphes I et II de l'article 57 et certaines dispositions de l'article 58, relatifs aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (cons. 89 à 102) ; certaines dispositions des articles 60 et 61, relatives aux greffiers des tribunaux de commerce (cons. 103 à 117) ; l'article 63 et certaines dispositions des articles 65 et 67, relatives aux sociétés d'exercice des professions juridiques (cons. 118 à 125) ; l'article 64, relatif aux huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires (cons. 126 à 133) ; le paragraphe I de l'article 238, relatif aux mécanismes de cession forcée et de dilution forcée des actionnaires de sociétés en redressement judiciaire (cons. 139 à 147).

Il a en revanche censuré les dispositions des 1° et 2° de l'article 39, relatives au dispositif d'injonction structurelle (cons. 27 à 32) ; celles du paragraphe III de l'article 50, relatives à la contribution à l'accès au droit et à la justice (cons. 48 à 52) ; celles du paragraphe IV de l'article 52, relatives au dispositif spécifique d'indemnisation des professions réglementées en cas de création d'un nouvel office (cons. 74 à 79) ; celles du 2° de l'article 216, relatives aux pouvoirs accordés aux agents de l'Autorité de la concurrence pour obtenir la communication de données de connexion (cons. 134 à 138) ; celles de l'article 266, relatif à l'encadrement du montant de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse (cons. 148 à 153).

Il a enfin relevé d'office les dispositions de dix-huit articles qu'il a censurées pour méconnaissance des règles procédurales relatives à l'introduction de nouvelles dispositions par voie d'amendement au cours de la procédure parlementaire (cons. 154 à 168).

I. – La conformité à la Constitution de la procédure d'adoption de la loi déferée

Les députés saisissants faisaient valoir quatre séries de griefs relatifs à la procédure d'adoption de la loi déferée : la méconnaissance des exigences de l'article 39 de la Constitution relatives aux conditions de présentation des projets de loi ; celle des exigences de l'article 38 de la Constitution dans le cadre de la mise en œuvre du temps législatif programmé en première lecture à l'Assemblée nationale ; celle des exigences de l'article 49 de la Constitution dans le cadre de l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur le vote du texte devant l'Assemblée nationale ; enfin celle des exigences quatrième alinéa de l'article 45 de la Constitution relatives à l'examen en lecture définitive du projet de loi.

* En premier lieu, les députés soutenaient, d'une part, que l'étude d'impact était insuffisante, cette insuffisance ressortant de l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi et, d'autre part, que les exigences relatives à l'étude d'impact avaient également été contournées par la présentation de nombreuses dispositions par le Gouvernement par la voie d'amendements.

En ce qui concerne l'étude d'impact accompagnant un projet de loi, le Conseil constitutionnel n'a jamais fait droit à un grief tiré de son insuffisance. Dès lors que l'étude d'impact accompagne bien le projet de loi et qu'il ne ressort pas manifestement de son contenu qu'elle ne respecterait pas les exigences minimales prévues par la loi organique du 15 avril 2009¹, le Conseil estime que les exigences de l'article 8 de cette loi sont remplies. Ainsi, dans sa décision n° 2013-667 DC, il a jugé « *que le projet de loi a été déposé le 28 novembre 2012 sur le bureau du Sénat et que la Conférence des présidents du Sénat n'a été saisie d'aucune demande tendant à constater que les règles relatives aux études d'impact étaient méconnues ; qu'au regard du contenu de l'étude d'impact, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 doit être écarté ; qu'il en va de même du grief tiré de l'atteinte aux exigences constitutionnelles de clarté et de sincérité des débats parlementaires* »².

Dans la décision du 5 août 2015 commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord indiqué « *que le caractère éventuellement incomplet de l'étude d'impact dans l'état antérieur à son dépôt sur le bureau de la première assemblée saisie est sans incidence sur le respect des exigences de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009* » (cons. 5). Cette réponse à la critique formulée par les députés requérants s'inscrit dans la lignée du raisonnement qu'avait retenu le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-579 DC lorsqu'il avait censuré les dispositions de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 exigeant que les projets de loi fassent l'objet d'une étude d'impact « *dès le début de leur élaboration* »³. Au stade de l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi, il est possible que l'étude d'impact soit encore incomplète – mais non absente ou excessivement lacunaire. Ce caractère incomplet peut ensuite être corrigé, notamment en prenant en compte les observations formulées par le Conseil d'État, avant le dépôt du projet sur le bureau de la première assemblée saisie.

¹ Loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

² Décision n° 2013-667 DC du 16 mai 2013, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, cons. 4. Voir également les décisions n°s 2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, cons. 4 ; 2013-683 DC du 16 janvier 2014, *Loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites*, cons. 4 à 6 ; 2013-687 DC du 23 janvier 2014, *Loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles*, cons. 11 à 13.

³ Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, cons. 13.

Le Conseil a ensuite jugé « *qu'au regard du contenu de l'étude d'impact, le grief tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 doit être écarté* » (cons. 5).

Quant à la seconde branche du grief, tiré de ce qu'en présentant dès la première lecture devant la première assemblée saisie un nombre important d'amendements ayant une très grande portée, le Gouvernement, qui aurait dû faire figurer ces dispositions dans le projet de loi d'origine, s'est intentionnellement exonéré de toute étude d'impact, une thèse équivalente avait été soutenue lors de la saisine sur la loi de réforme des collectivités territoriales. Or les études d'impact ne peuvent avoir pour effet de limiter l'exercice du droit d'amendement et le Conseil constitutionnel a ainsi déjà jugé que les prescriptions relatives à ces études ne s'appliquent qu'aux projets de loi et non aux amendements⁴.

Dans la décision commentée, le Conseil a donc également considéré « *qu'est inopérant le grief tiré de la méconnaissance des exigences relatives à la présentation des projets de loi à l'encontre de dispositions nouvelles introduites par voie d'amendement au cours de l'examen du projet de loi* » (cons. 7).

* Les députés contestaient, en deuxième lieu, l'application du « temps législatif programmé » en première lecture à l'Assemblée nationale.

Cette procédure n'existe qu'à l'Assemblée nationale et permet à la Conférence des présidents de cette assemblée de fixer la durée maximale de l'examen de l'ensemble d'un texte, ce qui implique de déterminer à l'avance le temps global de parole de chaque groupe et, le cas échéant, si ce temps de parole est épuisé, d'en faire respecter le terme. Cette procédure trouve son fondement dans l'article 44, alinéa 1^{er}, de la Constitution et dans la loi organique du 15 avril 2009 (déclarée conforme à la Constitution par la décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009). Elle est précisée par les alinéas 5 à 13 de l'article 49 du règlement de l'Assemblée nationale, qui ont été jugés conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009⁵.

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'application de la procédure du temps programmé à la loi portant réforme des retraites⁶. Il s'assure que la mise en œuvre de cette procédure n'a pas porté atteinte aux exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires. La durée maximale

⁴ Décision n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, cons. 8.

⁵ Décision n° 2009-581 DC du 25 juin 2009, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, cons. 22 à 26.

⁶ Décision n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010, *Loi portant réforme des retraites*, cons. 2 à 4.

décidée pour l'examen de l'ensemble d'un texte ne saurait notamment être fixée de telle manière qu'elle prive d'effet ces exigences. Le Conseil constitutionnel a également déjà jugé que la fixation à trente heures d'un temps législatif programmé initial, pour l'examen en première lecture du projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité « *n'était pas manifestement disproportionnée au regard des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire* »⁷. Il a également jugé qu'une durée de vingt-cinq heures pour l'examen en deuxième lecture du projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ne portait atteinte ni à l'article 51-1 de la Constitution ni aux exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires⁸.

Au cas présent, le temps législatif programmé décidé par la Conférence des présidents le 16 décembre 2014 prévoyait une durée globale de cinquante heures réparties ainsi : le groupe de l'Union pour un mouvement populaire (UMP) / Les Républicains disposait de 20 heures 45, le groupe Socialiste, radical et citoyen (SRC) de 14 heures 05, le groupe Union des démocrates indépendants (UDI) de 5 h 40, le groupe Ecologiste de 3h15, le groupe Radical, Républicain, Démocrate et Progressiste (RRDP) de 3 h 10 et le groupe de la Gauche démocratique et républicaine (GDR) de 3 heures 05. Cette durée de cinquante heures est actuellement la durée maximale qu'a prévue la Conférence des présidents dans l'hypothèse où un groupe ferait une demande d'allongement exceptionnel en première lecture. En outre, comme le prévoit l'article 49 du règlement de l'Assemblée nationale, d'une part les présidents de groupe ont chacun disposé d'un temps de parole propre, distinct de celui de leur groupe, à raison de 2 heures chacun, et un certain nombre d'amendements ayant été déposés hors délai par la commission ou le Gouvernement, des demandes d'octroi d'un temps supplémentaire pour la discussion de ces amendements ont parfois été formulées, et satisfaites.

Les députés requérants soutenaient que ce temps programmé était insuffisant dès lors qu'entre le dépôt du projet de loi du Gouvernement sur le bureau de l'Assemblée nationale et son examen en séance publique, le nombre d'articles du texte avait doublé. Ils relevaient que les groupes parlementaires avaient épuisé leur temps de parole dès la discussion des articles du titre III, de sorte qu'à leurs yeux les exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires avaient été méconnues.

Ce n'est pas la première fois que la mise en œuvre de la procédure du temps législatif programmé conduit à l'épuisement anticipé des temps de parole. Cela

⁷ Décision n°2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, cons. 6.

⁸ Décision n°2013-669 DC du 17 mai 2013, préc., cons. 7.

avait été le cas pour la loi sur les retraites⁹ comme pour la loi relative à l'immigration¹⁰.

Le temps accordé pour la discussion de la loi déferée en première lecture devant l'Assemblée nationale ne paraît ainsi ni avoir privé d'effet les exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires ni avoir méconnu l'article 51-1 de la Constitution et les droits qu'il reconnaît aux groupes d'opposition.

* Les députés requérants faisaient valoir, en troisième lieu, une méconnaissance des exigences constitutionnelles relatives à l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur le vote du texte. Ils considéraient que l'application du troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution avant l'examen du texte en séance publique, en nouvelle lecture et en lecture définitive, méconnaissait le « rôle » de la commission saisie au fond, dès lors que des amendements avaient pu être intégrés au texte sans avoir été au préalable discutés en commission.

Le Conseil constitutionnel, dans les précédentes décisions où il était saisi de griefs relatifs à la procédure prévue par le troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution, a déjà eu l'occasion de juger « *que l'exercice de cette prérogative par le Premier ministre n'est soumis à aucune condition autre que celles résultant de ce texte* »¹¹.

Dans le cadre de la mise en œuvre du troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution, il est loisible au Gouvernement de retenir comme texte sur lequel il engage sa responsabilité le texte en cours de discussion, complété par tout amendement en discussion que le Gouvernement souhaite y adjoindre.

Ainsi, dans le cas d'espèce, en nouvelle lecture, l'engagement de responsabilité est intervenu au début de l'examen en séance publique : le Gouvernement a pris comme base le texte adopté par la commission, complété par des amendements déposés en vue de l'examen en séance publique.

En lecture définitive, l'engagement de responsabilité est également intervenu au début de l'examen en séance publique : le Gouvernement a pris comme base le dernier texte voté par l'Assemblée nationale complété par des amendements déposés en vue de l'examen en séance publique et qui correspondaient à des amendements adoptés par le Sénat en nouvelle lecture.

⁹ Loi n°2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

¹⁰ Loi n°2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

¹¹ Décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, cons. 4. Voir également les décisions n°s 89-268 DC du 29 décembre 1989, *Loi de finances pour 1990*, cons. 6 ; 89-264 DC du 9 janvier 1990, *Loi de programmation relative à l'équipement militaire pour les années 1990-1993*, cons. 3 ; 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, cons. 4 ; ;.

Le Conseil constitutionnel a considéré « *que l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur le vote d'un projet ou proposition de loi devant l'Assemblée nationale peut intervenir à tout moment lors de l'examen du texte par l'Assemblée nationale, sans qu'il soit nécessaire que les amendements dont il fait l'objet et qui sont retenus par le Gouvernement aient été débattus en commission* » (cons. 13).

Il a ensuite répondu à l'argumentation relative au rôle constitutionnel de la commission. Le fait que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ait confié, à la commission saisie au fond, le soin d'élaborer un texte en vue de la discussion en séance publique, a pour conséquence l'existence de ce texte, laquelle ne peut pas être « oubliée » par le Gouvernement lorsqu'il établit le texte sur lequel il engage sa responsabilité. En revanche, il n'est pas possible d'en déduire une exigence d'examen préalable en commission des amendements retenus par le Gouvernement pour établir le texte sur lequel il engage sa responsabilité. Une telle exigence restreindrait la latitude du Gouvernement dans le choix du texte qui sera considéré comme adopté à défaut d'adoption d'une motion de censure. Le Conseil constitutionnel a donc considéré « *que les modifications apportées à l'article 42 de la Constitution par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'ont eu ni pour objet ni pour effet de modifier les conditions dans lesquelles la prérogative conférée au Premier ministre par le troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution est mise en œuvre* » (cons. 13).

Il a conclu en relevant « *qu'aucune exigence constitutionnelle n'a été méconnue lors de la mise en œuvre de la procédure prévue par le troisième alinéa de l'article 49 de la Constitution* » (cons. 13).

* Enfin, les députés dénonçaient une méconnaissance des règles relatives aux travaux législatifs des commissions en cas de lecture définitive par l'Assemblée nationale en application du quatrième alinéa de l'article 45 de la Constitution.

L'argumentation des saisissants était, sur ce point, moins une critique de la procédure suivie qu'une interrogation pratique et juridique adressée au Conseil constitutionnel, faisant écho à celle exprimée lors de la réunion de commission, relative à l'objet et à la nature de la réunion de la commission avant l'examen en séance publique en lecture définitive par l'Assemblée nationale.

Lorsque l'Assemblée nationale est appelée par le Gouvernement à statuer en lecture définitive, conformément à ce que prévoit le quatrième alinéa de l'article 45 de la Constitution, le troisième alinéa de l'article 114 du règlement de l'Assemblée prévoit que « *la commission saisie au fond détermine dans quel*

ordre sont appelés respectivement le texte de la commission mixte et le dernier texte voté par l'Assemblée nationale, modifié, le cas échéant, par un ou plusieurs des amendements votés par le Sénat. En cas de rejet de l'un de ces deux textes, l'autre est immédiatement mis aux voix. Au cas de rejet des deux textes, le projet ou la proposition est définitivement repoussé ».

En pratique, dans la plupart des cas, la commission n'a pas le choix : en l'absence d'un texte élaboré par la CMP, elle ne peut que proposer à l'Assemblée d'examiner le texte voté par elle en nouvelle lecture.

Même si la commission est appelée à se réunir préalablement à l'examen du texte en séance publique, il s'agit donc d'une réunion qui n'a pas les mêmes caractéristiques que les autres réunions de commission lors des lectures précédentes. Au cours de cette réunion, outre l'éventuelle détermination de l'ordre d'examen en séance publique des textes pouvant être adoptés, la commission donne son avis sur les amendements déposés (lesquels ne peuvent correspondre qu'à des amendements adoptés en nouvelle lecture par le Sénat, comme l'a confirmé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015¹²) et sur le texte dans son ensemble.

Ainsi, il n'est ni constitutionnellement nécessaire ni même constitutionnellement possible que la commission élabore un texte lors de la réunion qui précède l'examen en séance publique en lecture définitive à l'Assemblée nationale. Sur ce point, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui impose désormais que la discussion des projets de loi porte en séance sur le texte adopté par la commission (premier alinéa de l'article 42 de la Constitution), n'a pas d'incidence sur l'examen en lecture définitive.

Le Conseil a donc précisé que les exigences du premier alinéa de l'article 42 de la Constitution ne sont pas applicables à la procédure de discussion en lecture définitive d'un texte, laquelle est uniquement régie par les dispositions dérogatoires du dernier alinéa de l'article 45 de la Constitution (cons. 17).

Le Conseil en a conclu que « *le grief tiré de la méconnaissance des conditions d'examen du projet de loi et des amendements en commission lors de la lecture définitive doit être écarté* » (cons. 17).

¹² Décision n° 2014-709 DC du 15 janvier 2015, *Loi relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral*, cons. 6 à 17.

II. – La procédure d’injonction structurelle dans le secteur du commerce de détail en France métropolitaine (2° de l’article 39)

Le 2° de l’article 39 de la loi déferée donne une nouvelle rédaction à l’article L. 752-26 du code de commerce pour permettre à l’Autorité de la concurrence (ADLC) de prononcer des injonctions structurelles en cas d’existence d’une position dominante et de détention d’une part de marché supérieure à 50 % par une entreprise ou un groupe d’entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail en France métropolitaine.

L’article L. 752-26 a été créé par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l’économie. Dans sa rédaction antérieure à celle résultant de la loi déferée, cet article conférait déjà des pouvoirs d’injonction structurelle à l’ADLC. La procédure ne pouvait, toutefois, être mise en œuvre qu’en cas d’exploitation abusive soit d’une position dominante soit d’un état de dépendance économique.

L’ADLC ayant estimé que les conditions d’engagement de l’article L. 752-26 étaient trop restrictives¹³, le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour instituer de nouveaux outils plus souples :

– d’abord, dans les départements d’outre-mer et les collectivités d’outre-mer d’Amérique, en adoptant l’article 10 de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer et portant diverses dispositions relatives aux outre-mer, qui a créé un nouvel article L. 752-27 dans le code de commerce (que le 3° de l’article 39 de la loi déferée réécrit¹⁴) ;

– ensuite, en Nouvelle-Calédonie, par une loi du pays relative à la concurrence dans ce territoire, qui a fait l’objet de la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013¹⁵.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a admis la conformité à la Constitution des pouvoirs d’injonction structurelle en cas de position dominante.

La loi du pays « *prévoit que lorsqu’une entreprise ou un groupe d’entreprises pratique, en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné, des prix ou des marges élevés, ou lorsqu’une entreprise ou un groupe d’entreprises détient, dans une zone de chalandise, une*

¹³ V., par ex, l’avis n°12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris.

¹⁴ En prenant soin de préciser, au demeurant, que dans ces territoires la procédure est justifiée « eu égard aux contraintes particulières de ces territoires découlant notamment de leurs caractéristiques géographiques et économiques ».

¹⁵ Décision n° 2013-3 LP du 1^{er} octobre 2013, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*.

part de marché dépassant 25 %, représentant un chiffre d'affaires supérieur à 600 millions de francs CFP, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie peut faire connaître ses préoccupations de concurrence puis, en l'absence d'engagements proposés par l'entreprise ou le groupe d'entreprise ou si ces engagements ne paraissent pas de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence, peut enjoindre de modifier, compléter ou résilier tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les pratiques constatées en matière de prix ou de marges et peut également enjoindre de procéder à la cession d'actifs si cette cession constitue le seul moyen de garantir une concurrence effective ; que l'inexécution de ces injonctions peut faire l'objet de sanctions pécuniaires ou d'astreintes »¹⁶.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel avait d'abord relevé que « *les dispositions de l'article 16 visent soit à corriger ou mettre fin aux accords et actes par lesquels s'est constituée une situation de puissance économique permettant des pratiques de prix ou de marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné soit à enjoindre les cessions d'actifs indispensables à la garantie d'une concurrence effective ; que le congrès de la Nouvelle-Calédonie a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général* »¹⁷, puis, il avait considéré « *qu'en prévoyant qu'est examinée à cette fin la position des entreprises ou des groupes d'entreprises provoquant des préoccupations de concurrence et qui détiennent, dans une zone de chalandise, une part de marché dépassant 25 %, représentant un chiffre d'affaires supérieur à 600 millions de francs CFP, il a, compte tenu de la situation particulière de la concurrence dans certains secteurs économiques en Nouvelle-Calédonie, retenu des critères d'engagement de la procédure d'examen en rapport direct avec l'objet de la loi du pays* »¹⁸.

Comme le dispositif institué en Nouvelle-Calédonie, l'article L. 752-26, dans sa rédaction résultant de la loi déferée, permet à l'ADLC d'engager une procédure d'injonction structurelle en l'absence d'abus.

* L'engagement de la procédure d'injonction structurelle est subordonné à la réunion de quatre conditions cumulatives :

– existence d'une position dominante d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail en France métropolitaine ;

¹⁶ *Ibidem*, cons. 13.

¹⁷ *Ibidem*, cons. 15.

¹⁸ *Ibidem*, cons. 15.

– détention d'une part de marché supérieure à 50 % par cette entreprise ou ce groupe d'entreprises ;

– concentration excessive du marché qui porte atteinte à une concurrence effective dans la zone considérée ;

– traduction de cette atteinte, dans la même zone, par des prix ou des marges élevés pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprises en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail en France métropolitaine.

* Lorsque ces conditions sont réunies, l'ADLC dispose de pouvoirs organisés selon une gradation en deux temps :

– dans un premier temps, l'entreprise ou le groupe d'entreprises peut être conduit à proposer à l'ADLC des engagements comportementaux pour remédier à l'atteinte à la concurrence ;

– à défaut de tels engagements ou si l'ADLC estime que les engagements sont insuffisants, l'entreprise ou le groupe d'entreprises peut, dans un second temps, se voir enjoindre par l'ADLC de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder six mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui se traduit par des prix ou des marges élevés. L'ADLC peut également enjoindre à l'entreprise ou au groupe d'entreprises de céder des actifs.

* Le champ d'application de la procédure d'injonction structurelle est large tant du point de vue matériel, puisqu'il vise l'ensemble du commerce de détail, que du point de vue géographique, puisqu'il vise l'ensemble du territoire métropolitain.

* Le pouvoir d'injonction est entouré de plusieurs garanties procédurales, renforcées lorsqu'il s'agit d'une injonction à céder :

– les mesures d'injonction sont prononcées par décision motivée prise à l'issue d'une procédure contradictoire, au cours de laquelle l'entreprise ou le groupe d'entreprises peut contester les éléments ayant permis à l'ADLC de considérer que les conditions d'engagement de la procédure étaient réunies ;

– l'injonction de céder des actifs ne peut intervenir que si cette cession est le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective ;

– le délai pour procéder à une cession d’actifs ne peut être inférieur à six mois.

Les dispositions du 2° de l’article 39 étaient contestées à la fois par les députés et les sénateurs requérants, qui formulaient plusieurs griefs à leur encontre. Ils leur reprochaient de porter atteinte au droit de propriété, dès lors que la cession forcée d’actifs ou la résiliation forcée de conventions en cours dans un délai déterminé ne peuvent se réaliser que dans des conditions défavorables pour l’entreprise. Ils évoquaient également l’atteinte à la liberté d’entreprendre, sans qu’elle soit justifiée par une situation particulière de la concurrence en France métropolitaine et l’atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues ; enfin, les députés requérants faisaient également grief à ces dispositions de méconnaître le principe de légalité des délits et des peines ainsi que l’objectif d’accessibilité et d’intelligibilité de la loi.

Dans la décision du 5 août 2015 commentée, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions du 2° de l’article 39 en se fondant sur le droit de propriété et la liberté d’entreprendre. Il n’a donc pas examiné les autres griefs.

Il a admis qu’en adoptant les dispositions contestées, le législateur avait poursuivi un objectif d’intérêt général : *« en adoptant le 2° de l’article 39, le législateur a entendu corriger ou mettre fin aux accords et actes par lesquels s’est, dans le commerce de détail, constituée une situation de puissance économique portant atteinte à une concurrence effective dans une zone considérée se traduisant par des pratiques de prix ou de marges élevés en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné ; qu’il a ainsi poursuivi un objectif de préservation de l’ordre public économique et de protection des consommateurs »* (cons. 32).

Les dispositions contestées, en prévoyant une possibilité d’injonction conduisant à l’interruption d’accords ou à la cession d’actifs, portaient atteinte au droit de propriété et à la liberté d’entreprendre. L’importance de cette atteinte résultait de la combinaison de plusieurs facteurs : le dispositif était applicable en l’absence d’abus, alors que la situation économique de l’entreprise était acquise de façon régulière ; le dispositif était également applicable à l’ensemble du secteur du commerce de détail, alors que l’intention du législateur, telle qu’elle ressortait expressément des travaux préparatoires, était uniquement de remédier à des situations particulières dans le seul secteur du commerce de détail alimentaire.

En outre, alors que des considérations particulières, tenant notamment à la liberté de choix du consommateur, avaient pu justifier l’appréciation du Conseil constitutionnel s’agissant de la Nouvelle-Calédonie, des considérations semblables étaient absentes s’agissant de la France métropolitaine.

Aussi, le Conseil a jugé qu'« *eu égard aux contraintes que ces dispositions font peser sur les entreprises concernées et à leur champ d'application, les dispositions de l'article L. 752-26 du code de commerce portent tant à la liberté d'entreprendre qu'au droit de propriété une atteinte manifestement disproportionnée au regard du but poursuivi* » (cons. 32).

Il a déclaré contraire à la Constitution le 2° de l'article 39 et, par voie de conséquence, le 1° de ce même article (cons. 32).

III. La contribution à l'accès au droit et à la justice (paragraphe III de l'article 50)

L'article 50 est relatif aux tarifs réglementés applicables aux prestations des commissaires-priseurs judiciaires, des greffiers de tribunal de commerce, des huissiers de justice, des administrateurs judiciaires, des mandataires judiciaires, des notaires ainsi qu'à certaines prestations des avocats (en matière de saisie immobilière, de partage, de licitation et de sûretés judiciaires).

Le 1° du paragraphe I de cet article insère un nouveau titre dans le code de commerce, comprenant les articles L. 444-1 à L. 444-7, précisant les modalités de détermination de ces tarifs. Par ailleurs, le troisième alinéa de l'article L. 444-2 crée un « fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice » ayant pour objet de favoriser la couverture de l'ensemble du territoire par les professions judiciaires et juridiques ainsi que l'accès du plus grand nombre au droit. Afin de financer ce fonds, le paragraphe III du même article institue, à compter du 1^{er} janvier 2016, une contribution annuelle, dénommée « contribution à l'accès au droit et à la justice ».

Les redevables et l'assiette de cette contribution sont déterminés par les deuxième et troisième alinéas du paragraphe III de l'article 50. Ainsi, d'une part, cette contribution est due par les professionnels dont les tarifs sont réglementés en application de l'article 50, d'autre part, elle est « *assise sur la valeur hors taxes de tout bien ou sur le montant hors taxes de tout droit, pour lequel le tarif est fixé proportionnellement à ceux-ci, et qui est supérieur à un seuil de 300 000 €* », lequel seuil « *peut être révisé par arrêté conjoint du ministre de la justice et du ministre chargé du budget, en tenant compte des besoins de couverture de l'ensemble du territoire par les professions judiciaires et juridiques et d'accès du plus grand nombre au droit* ».

Le quatrième alinéa du paragraphe III de l'article 50 précise que « *Le taux de la contribution est fixé par arrêté conjoint du ministre de la justice et du ministre chargé du budget entre 0,05 et 0,2 %* ».

La constitutionnalité de cette contribution était contestée tant par les députés que par les sénateurs requérants. Outre des griefs de procédure – les saisissants considérant notamment que cette disposition aurait dû figurer dans une loi de finances – il était soutenu que le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence en ne fixant pas les règles concernant l'assiette de cette taxe.

Le Conseil constitutionnel a fait droit au grief tiré de l'incompétence négative du législateur pour censurer le paragraphe III de l'article 50 de la loi déferée.

L'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer « *les règles concernant... l'assiette, le taux et les modalités des impositions de toutes natures* ». En vertu de l'article 37, il n'appartient au pouvoir réglementaire que d'édicter les modalités d'application qui sont nécessaires à la mise en œuvre de ces règles et non de les fixer.

Faisant respecter le partage entre la loi et le règlement, le Conseil constitutionnel a déjà censuré à plusieurs reprises l'insuffisance du législateur en ce domaine.

Sur la compétence en matière de détermination de l'assiette d'un impôt, le Conseil a une jurisprudence bien établie. Il a annulé, en 1985, un impôt dont l'assiette n'était pas clairement déterminée par la loi¹⁹. Toujours à propos de l'assiette d'une imposition, il a jugé que le législateur doit déterminer les catégories de redevables²⁰. De la même manière, concernant une disposition prévoyant que « *les organismes d'habitations à loyer modéré qui disposent d'un patrimoine locatif sont soumis à un prélèvement sur leurs ressources financières si, au cours des deux derniers exercices comptables, leurs investissements annuels moyens sont restés inférieurs à une fraction de leur potentiel financier annuel moyen(...). Un décret en Conseil d'État fixe les conditions d'application du présent article et définit le mode de calcul du potentiel financier annuel moyen ainsi que la liste des investissements annuels mentionnés au premier alinéa* »²¹, le Conseil a estimé « *qu'en renvoyant à un décret en Conseil d'État le soin de définir le mode de calcul du " potentiel financier " annuel moyen, d'arrêter la liste des investissements à prendre en compte pour déterminer le champ d'application du prélèvement en cause (...)* », le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence²².

¹⁹ Décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 4 et 5.

²⁰ Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. 42 et 43.

²¹ Décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, cons. 2

²² *Ibidem*, cons. 6.

En l'espèce, les règles concernant l'assiette de l'imposition créée par le législateur étaient entachées d'incompétence négative à deux égards.

D'une part, la contribution était assise sur la valeur hors taxes de tout bien ou sur le montant hors taxes de tout droit, pour lequel le tarif est fixé proportionnellement à ceux-ci. Or, il résulte des articles L. 444-2 et L. 444-3 du code de commerce, créés par l'article 50 de la loi déferée, qu'il appartient au pouvoir réglementaire de déterminer lesquels des tarifs réglementés sont fixés proportionnellement à la valeur du bien ou du droit sur lequel la prestation porte.

D'autre part, il résultait du paragraphe III lui-même que le seuil de 300 000 euros, relatif à la valeur du bien ou du droit objet de la prestation faisant entrer le tarif dans l'assiette de la taxe, pouvait être modifié par arrêté conjoint du ministre de la justice et du ministre chargé du budget.

Aussi, le Conseil constitutionnel a jugé que « *en habilitant le pouvoir réglementaire à fixer les règles concernant l'assiette de la taxe contestée, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence* » (cons. 51). Il a en conséquence censuré l'ensemble du paragraphe III, dont les dispositions constituaient un tout indivisible.

IV. – Les conditions d'installation des notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires (article 52) et des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (article 57)

L'article 52 a pour objet de réformer les conditions d'installation des notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires.

* En ce qui concerne les paragraphes I, II, III et V :

Le paragraphe I pose un principe de liberté d'installation « *dans les zones où l'implantation d'offices apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services* ».

Selon son deuxième alinéa, « *Ces zones sont déterminées par une carte établie conjointement par les ministres de la justice et de l'économie, sur proposition de l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 462-4-1 du code de commerce. Elles sont définies de manière détaillée au regard de critères précisés par décret, parmi lesquels une analyse démographique de l'évolution prévisible du nombre de professionnels installés* ».

Enfin, en application de son quatrième alinéa, « *Afin de garantir une augmentation progressive du nombre d'offices à créer, de manière à ne pas*

bouleverser les conditions d'activité des offices existants, cette carte est assortie de recommandations sur le rythme d'installation compatible avec une augmentation progressive du nombre de professionnels dans la zone concernée ».

Le paragraphe III prévoit que dans les zones, autres que celles mentionnées au paragraphe I « où l'implantation d'offices supplémentaires de notaire, d'huissier de justice ou de commissaire-priseur judiciaire serait de nature à porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants et à compromettre la qualité du service rendu, le ministre de la justice peut refuser une demande de création d'office, après avis de l'Autorité de la concurrence ». La décision de refus du ministre de la justice doit être motivée « au regard (...) des caractéristiques de la zone et du niveau d'activité économique des professionnels concernés ».

Le paragraphe V du même article 52 complète ces dispositions en indiquant que l'Autorité de la concurrence « rend (...) un avis sur la liberté d'installation » de ces professions et « fait toutes recommandations en vue d'améliorer l'accès aux offices publics ou ministériels dans la perspective de renforcer la cohésion territoriale des prestations et d'augmenter de façon progressive le nombre d'offices ». Par ailleurs, il prévoit une publicité afin d'assurer la participation du public à l'élaboration de la carte et des recommandations de l'Autorité de la concurrence puisque l'ouverture de la procédure visant à l'élaboration de la carte « est rendue publique, dans un délai de cinq jours à compter de la date de cette ouverture, afin de permettre aux associations de défense des consommateurs agréées au niveau national pour ester en justice, aux instances ordinales des professions concernées, ainsi qu'à toute personne remplissant les conditions de nationalité, d'aptitude, d'honorabilité, d'expérience et d'assurance requises pour être nommée par le ministre de la justice en qualité de notaire, d'huissier de justice ou de commissaire-priseur judiciaire, d'adresser à l'Autorité de la concurrence leurs observations ».

Plusieurs griefs étaient invoqués à l'encontre des dispositions contestées, tirés de la méconnaissance de l'article 34 de la Constitution, de l'absence de respect de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, de l'atteinte au principe d'égalité, à la garantie des droits et, enfin, à l'article 21 de la Constitution.

En ce qui concerne les griefs tirés de l'incompétence négative du législateur et de la méconnaissance de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, le Conseil constitutionnel les a écartés comme manquant en fait. Les requérants considéraient que le législateur avait défini trois zones soumises à des règles distinctes pour l'implantation des offices des professions en cause tout en ne déterminant que deux régimes d'implantation. Sur ce point, le Conseil

constitutionnel a jugé que, contrairement à ce que prétendaient les requérants, il résultait des dispositions contestées « *la création de zones relevant de deux régimes distincts* » et que le législateur avait défini les règles d'installation pour chacune de ces zones. Dans la première catégorie de zones, « *le ministre de la justice crée, lorsqu'il est saisi d'une demande, un office dans lequel il nomme le demandeur dès lors que celui-ci remplit les conditions de nationalité, d'aptitude, d'honorabilité, d'expérience et d'assurance requises* ». En revanche, hors de cette zone, « *le ministre de la justice peut, après avis de l'Autorité de la concurrence, refuser la création d'un office lorsque celle-ci serait de nature à porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants et à compromettre la qualité du service rendu* » (cons. 69).

Les requérants soutenaient ensuite que les dispositions contestées, en facilitant la création de nouveaux offices de notaire, huissier de justice et commissaire-priseur judiciaire, portaient atteinte à la garantie des droits des offices existants. S'il est vrai que ces dispositions tendent à favoriser l'implantation de nouveaux offices, en tout état de cause dans les zones où cette implantation paraît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de service, le droit en vigueur permet déjà au garde des Sceaux de créer par arrêté de nouveaux offices (article 2-7 du décret n° 71-942 du 26 novembre 1971 pour les notaires ; article 1-1 de l'ordonnance du 26 juin 1816 pour les commissaires-priseurs judiciaires ; article 38 du décret n° 75-770 du 14 août 1975 pour les huissiers de justice). Les officiers publics ou ministériels que sont les notaires, les huissiers de justice et les commissaires-priseurs judiciaires reçoivent de l'État, qui les nomme, délégation d'une mission de service public, et la puissance publique a toujours veillé au « maillage » du territoire national par ces professions.

Dans la décision du 5 août 2015 commentée, le Conseil constitutionnel a tout d'abord indiqué, comme il l'avait déjà fait concernant les notaires²³ et les greffiers de tribunal de commerce²⁴, que les professions en cause sont réglementées mais exercent dans un cadre libéral. Il a ensuite rappelé que les nouvelles dispositions ne tendent pas à une libéralisation complète de l'installation de ces professions puisqu'elles prévoient, « *d'une part, "dans les zones où l'implantation d'offices apparaît utile pour renforcer la proximité ou l'offre de services", une "augmentation progressive du nombre d'offices à créer, de manière à ne pas bouleverser les conditions d'activité des offices existants", et d'autre part, dans les autres zones, la possibilité de refuser l'implantation d'un office lorsqu'elle serait de nature à porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants et à compromettre la qualité du service rendu* » (cons. 70). Il en a conclu que les dispositions contestées ne

²³ Décision n° 2014-429 QPC du 21 novembre 2014, *M. Pierre T. (Droit de présentation des notaires)*, cons. 7

²⁴ Décision n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015, *M. Frédéric P. (Droit de présentation des greffiers des tribunaux de commerce)*, cons. 9

méconnaissaient pas la garantie des droits protégée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 (cons. 70).

Le Conseil constitutionnel a enfin écarté les deux derniers griefs soulevés.

En ce qui concerne le principe d'égalité devant la loi, les députés requérants dénonçaient la coexistence de deux modes de nominations dans un office : lors de la création d'un office ou dans le cadre de l'exercice du droit de présentation. Toutefois, dans la mesure où toute personne peut demander à être nommée selon l'une ou l'autre de ces voies et que la coexistence de celles-ci permet d'assurer l'accès à ces professions, le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur a ainsi traité différemment des situations différentes et a retenu des critères de nomination en rapport avec l'objet de la loi. Dès lors, le principe d'égalité n'est pas méconnu (cons. 71).

Enfin, les députés requérants estimaient que le rôle confié à l'Autorité de la concurrence par le législateur dans la détermination des conditions d'installation des professions juridiques porte atteinte à l'article 21 de la Constitution selon lequel l'exercice du pouvoir réglementaire ne peut être subordonné à l'avis conforme d'une autorité administrative indépendante.

Le Conseil constitutionnel a déjà jugé que les dispositions de l'article 21 de la Constitution ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité publique autre que le Premier ministre le soin de fixer les normes permettant de mettre en œuvre une loi, à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu²⁵. Elles ne l'autorisent cependant pas à subordonner à l'avis conforme d'une telle autorité l'exercice, par le Premier ministre, de son pouvoir réglementaire²⁶.

En l'espèce, si la volonté du législateur était de permettre, à travers l'intervention de l'Autorité de la concurrence, une augmentation du nombre des offices, les dispositions contestées ne liaient nullement le pouvoir réglementaire dans l'exercice de son pouvoir de nomination. En particulier, le Conseil constitutionnel a relevé que « *si la carte des zones mentionnée au paragraphe I de l'article 52 est établie à partir d'une proposition de l'Autorité de la concurrence, les ministres de la justice et de l'économie sont seuls compétents pour arrêter celle-ci, le cas échéant après avoir demandé à l'Autorité de la concurrence une nouvelle proposition* » (cons. 72).

²⁵ Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, cons 10 et 11

²⁶ Décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, cons. 36 et 37

Le Conseil constitutionnel a donc déclaré conformes à la Constitution les paragraphes I, II, III et V de l'article 52 (cons. 73).

* En ce qui concerne le paragraphe IV :

Le paragraphe IV est relatif aux modalités d'indemnisation en cas de création d'un office pour les titulaires d'un office existant. Il prévoit que « *Lorsque la création d'un office porte atteinte à la valeur patrimoniale d'un office antérieurement créé, le titulaire de ce dernier est indemnisé, à sa demande, par le titulaire du nouvel office dont la création a causé ce préjudice* », la valeur patrimoniale de l'office antérieurement créé correspondant à celle du fonds libéral d'exercice de la profession avant la création du nouvel office.

Par ailleurs, ce même paragraphe dispose : « *En cas de désaccord sur le montant ou sur la répartition de l'indemnisation, les parties peuvent saisir le juge de l'expropriation, qui fixe le montant de l'indemnité dans les conditions définies au livre III du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique* ».

Le mécanisme d'indemnisation prévu par la loi déferée reprend pour partie ceux prévus par les décrets n° 71-942 du 26 novembre 1971 pour les notaires, n° 75-770 du 14 août 1975 pour les huissiers de justice et par l'ordonnance du 26 juin 1816 pour les commissaires-priseurs judiciaires. Ainsi, par exemple, le premier alinéa de l'article 5 du décret du 26 novembre 1971 dispose que « *Les indemnités qui peuvent être dues par le notaire nommé dans un office créé à ceux de ses confrères qui subissent un préjudice résultant de la création de cet office sont évaluées et réparties à l'expiration de la sixième année civile suivant celle de la prestation de serment dudit notaire ; si le notaire cesse d'exercer ses fonctions avant l'expiration de ce délai, les indemnités sont dues par son successeur* ».

S'il existe donc de fortes similitudes, le dispositif actuel prévoit cependant l'intervention du garde des Sceaux en cas de désaccord entre les parties sur l'indemnisation, et non celle du juge de l'expropriation, comme l'indique l'article 6 du décret du 26 novembre 1971. Par suite, les décisions prises par le ministre de la justice en ce domaine relèvent du contentieux administratif.

Les requérants soulevaient de nombreux griefs à l'encontre de ces dispositions, et notamment celui tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques.

Le Conseil constitutionnel a déjà eu à connaître de dispositifs législatifs modifiant les dispositions applicables à des professions réglementées bénéficiant du droit de présentation prévu par l'article 91 de la loi du 28 avril 1816 et

comportant des mécanismes d'indemnisation des préjudices en résultant. Il a alors contrôlé ceux-ci notamment au regard du principe d'égalité devant les charges publiques.

Dans sa décision n°2000-440 DC du 10 janvier 2001²⁷ relative à la suppression du privilège professionnel dont jouissaient les courtiers interprètes et conducteurs de navires, le Conseil constitutionnel a ainsi rappelé que « *si l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 n'interdit pas de faire supporter, pour un motif d'intérêt général, à certaines catégories de personnes des charges particulières, il ne doit pas en résulter de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »²⁸. Le Conseil avait contrôlé le dispositif d'indemnisation sur le fondement du principe d'égalité devant les charges publiques et jugé que « *le montant de l'indemnité qui leur sera versée, en application de l'article 4, du fait de la perte du droit de présentation, s'élève à 65 % de la valeur des offices afférente aux activités faisant l'objet du privilège professionnel supprimé ; que cette évaluation, qui tient compte de la recette nette moyenne et du solde moyen d'exploitation au cours des exercices 1992 à 1996, n'est entachée d'aucune erreur manifeste ; qu'au surplus, l'article 5 de la loi offre aux intéressés la possibilité d'accéder à diverses professions réglementées ; qu'enfin, l'article 6 prévoit qu'ils conserveront pendant deux ans le privilège institué par l'article L. 131-2 du code de commerce dans sa rédaction antérieure, tout en étant libérés de l'interdiction, qui leur était faite par l'article L. 131-7 du même code, de réaliser toute opération de commerce ; que, dans ces conditions, les modalités de réparation prévues par la loi déferée n'entraînent pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* »²⁹.

Dans sa décision n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011 relative à la loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, le Conseil constitutionnel avait également contrôlé les dispositions en cause au regard du principe d'égalité devant les charges publiques³⁰. En l'espèce, la loi déferée supprimait le monopole de représentation des avoués devant les cours d'appel et prévoyait que « *Les avoués près les cours d'appel en exercice à la date de la publication de la présente loi ont droit à une indemnité au titre du préjudice correspondant à la perte du droit de présentation, du préjudice de carrière, du préjudice économique et des préjudices accessoires toutes causes confondues, fixée par le juge de l'expropriation* »³¹.

²⁷ Décision n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*.

²⁸ *Ibidem*, cons. 6.

²⁹ *Ibidem*, cons. 7.

³⁰ Décision n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*.

³¹ *Ibidem*, cons. 2.

Le Conseil constitutionnel avait tout d'abord considéré que l'indemnisation de cette suppression « *ne saurait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles précitées, permettre l'allocation d'indemnités ne correspondant pas au préjudice subi du fait de la loi ou excédant la réparation de celui-ci* »³².

Par ailleurs, au regard du principe d'égalité devant les charges publiques, il avait ensuite relevé « *qu'en prévoyant la réparation du "préjudice correspondant à la perte du droit de présentation", le législateur a entendu que le préjudice patrimonial subi du fait de la perte du droit de présentation soit intégralement réparé ; que, pour assurer la réparation intégrale de ce préjudice, il appartiendra à la commission prévue à l'article 16 de la loi déférée et, le cas échéant, au juge de l'expropriation, de fixer cette indemnité dans la limite de la valeur des offices ; que ces dispositions ne méconnaissent pas les exigences résultant de l'article 13 de la Déclaration de 1789* »³³.

Enfin, considérant que « *le "préjudice économique" et les "préjudices accessoires toutes causes confondues" sont purement éventuels* », le Conseil constitutionnel avait estimé qu'en prévoyant l'allocation d'indemnités correspondant à ces préjudices, les dispositions de la loi déférée avaient méconnu l'exigence de bon emploi des deniers publics et créé une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques³⁴.

Si la question de l'indemnisation de la suppression de certains droits reconnus à des professions réglementées, et en particulier celle de l'atteinte portée au droit de présentation, n'est pas nouvelle dans la jurisprudence constitutionnelle, les dispositions déférées étaient relatives à une hypothèse différente. Loin de supprimer une profession ou d'en réduire les prérogatives, elles tendaient au contraire à permettre une augmentation du nombre de ces professionnels. En l'espèce, l'éventuelle rupture de l'égalité devant les charges publiques ne provenait pas de l'élimination de la valeur patrimoniale des offices ou du droit de présentation mais de la réduction de cette valeur en raison de l'augmentation du nombre des offices.

Dans la décision du 5 août 2015 commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord recherché si le préjudice indemnisé tel que déterminé par les dispositions contestées portait atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques.

³² *Ibidem*, cons. 19.

³³ *Ibidem*, cons. 20.

³⁴ *Ibidem*, cons. 24.

Sur ce point, il a relevé que « *la loi déferée ne supprime aucun privilège professionnel dont jouissent les notaires, les huissiers de justice et les commissaires-priseurs judiciaires ; qu'en particulier elle ne les prive pas du droit de présentation qu'ils tiennent des dispositions de l'article 91 de la loi du 28 avril 1816* » (cons. 77). Il a ensuite relevé que les dispositions spécifiques applicables à ces professions ne faisaient pas obstacle « *à ce que le ministre de la justice, notamment pour assurer une bonne couverture du territoire national par les professions concernées, puisse augmenter le nombre des offices* » et que le législateur avait déterminé des « *garanties propres à "ne pas bouleverser les conditions d'activité des offices existants"* » (cons. 77).

Compte tenu de ces éléments, le Conseil constitutionnel a considéré que, contrairement à la suppression d'un privilège professionnel, les dispositions contestées n'entraînaient pas en elles-mêmes un préjudice pour les titulaires d'offices existants. Aussi, il a jugé que « *l'indemnisation prévue par le législateur ne saurait, sans méconnaître les exigences constitutionnelles résultant de l'article 13 de la Déclaration de 1789, permettre l'allocation d'indemnités ne correspondant pas au préjudice subi du fait de la loi ou des décisions légales prises pour son application, ou excédant la réparation de celui-ci* » (cons. 77). Ainsi, le Conseil constitutionnel a considéré que la simple diminution de la valeur d'un office, fût-elle causée par la création d'un nouvel office, ne justifiait pas, en soi, l'allocation systématique d'une indemnisation.

Seules la création d'un nombre massif d'offices ou la création d'un office de nature à mettre en péril la viabilité d'un office existant pourraient conduire à porter une atteinte au droit de présentation de nature à justifier une éventuelle indemnisation. Le droit de présentation ne peut conduire à paralyser l'ajustement du nombre d'offices aux besoins de la population.

Comme l'y invitaient les requérants, le Conseil constitutionnel s'est également interrogé sur l'éventuelle rupture de l'égalité devant les charges publiques résultant de ce que le législateur faisait supporter aux titulaires nouvellement nommés la charge d'indemniser les titulaires des offices déjà existants. Estimant que « *par les dispositions contestées, le législateur a entendu permettre la réparation de l' "atteinte à la valeur patrimoniale d'un office antérieurement créé" qui résulte d'une décision du ministre de la justice, prise sur le fondement de la loi déferée, de créer un nouvel office* », il a jugé « *que ces dispositions ne pouvaient ainsi, sans occasionner une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques, faire supporter au titulaire du nouvel office la charge de procéder à une telle compensation de la dépréciation de la valeur patrimoniale de l'office antérieurement créé* » (cons. 78).

En conséquence, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions du paragraphe IV de l'article 52. Toutefois, dès lors qu'il est loisible au titulaire d'un office subissant un préjudice anormal et spécial résultant de la création d'un nouvel office d'en démontrer l'existence et d'en demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques, le Conseil a estimé que la censure du paragraphe IV n'entraînait pas celle des paragraphes I à III (cons. 79).

Lors de l'examen des dispositions de l'article 57 de la loi déferée, relatives aux conditions d'installation des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a suivi la même logique. Alors que les requérants soutenaient que les dispositions de cet article, en ce qu'elles permettaient la création d'un office d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation sans prévoir un dispositif d'indemnisation *ad hoc* en cas de préjudice résultant de cette création pour les titulaires des offices existants, le Conseil constitutionnel a jugé que, dès lors qu'il était loisible au titulaire d'un office existant de demander réparation sur le fondement du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques, ce principe n'était pas méconnu (cons. 95).

V. – L'accès des agents de l'Autorité de la concurrence aux données de connexion dans le cadre des enquêtes de concurrence (2° de l'article 216)

L'article 216 était issu d'un amendement du Gouvernement en commission spéciale à l'Assemblée nationale en première lecture.

Les députés requérants critiquaient uniquement le 2° de l'article 216 qui insère, avant le dernier alinéa de l'article L. 450-3 du code de commerce, un nouvel alinéa permettant aux agents de l'Autorité de la concurrence de se faire communiquer les « données de connexion » conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques et par les prestataires de services de communication au public en ligne.

Ils faisaient valoir que ces dispositions portent atteinte au droit au respect de la vie privée, protégé par l'article 2 de la Déclaration de 1789 et, en l'absence de d'autorisation du juge, à la garantie des droits, protégée par l'article 16 de la Déclaration de 1789.

En vertu des dispositions critiquées, les agents mentionnés à l'article L. 450-1 du code de commerce – c'est-à-dire notamment les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence (ADLC) habilités à cet effet par le rapporteur général – « *peuvent en particulier se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques en application de l'article L. 34-1 du code des postes et des communications*

électroniques et par les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et en obtenir la copie ».

En adoptant ces dispositions, le législateur a entendu aligner les pouvoirs d'enquête de l'ADLC sur ceux déjà reconnus à d'autres autorités administratives indépendantes ou administrations de l'État.

Le Conseil constitutionnel avait déjà été saisi d'un dispositif semblable, prévu par le *i*) de l'article 65 du code des douanes, qui prévoit que certains agents des douanes « *peuvent exiger la communication des papiers et documents de toute nature relatifs aux opérations intéressant leurs services (...) chez les opérateurs de télécommunications et les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, pour les données conservées et traitées par ces derniers, dans le cadre de l'article L. 34-1 du code des postes et télécommunications* ».

Dans sa décision n° 2011-214 QPC, le Conseil constitutionnel avait admis la conformité à la Constitution de ce dispositif en précisant, toutefois, que « *d'une part, le droit reconnu aux agents de l'administration des douanes d'accéder aux documents relatifs aux opérations intéressant leur service ne saurait, en lui-même, méconnaître les droits de la défense ; que, d'autre part, si les dispositions contestées imposent aux personnes intéressées de remettre aux agents de l'administration des douanes les documents dont ces derniers sollicitent la communication, elles ne confèrent pas à ces agents un pouvoir d'exécution forcée pour obtenir la remise de ces documents ; qu'elles ne leur confèrent pas davantage un pouvoir général d'audition ou un pouvoir de perquisition ; qu'en l'absence d'autorisation préalable de l'autorité judiciaire, seuls les documents qui ont été volontairement communiqués à l'administration peuvent être saisis* »³⁵.

Dans cette décision, le Conseil constitutionnel avait contrôlé, de manière expresse, les dispositions contestées du code des douanes à l'aune de la liberté individuelle et des exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Toutefois, d'une part, le Conseil n'était alors pas saisi de la question d'une atteinte au droit au respect de la vie privée. Surtout, d'autre part, l'évolution des usages des communications électroniques a modifié largement l'importance et la nature des informations contenues dans les données de connexion. C'est pourquoi la jurisprudence la plus récente montre que le Conseil constitutionnel vérifie si des garanties suffisantes sont prévues par le législateur pour assurer le

³⁵ Décision n° 2011-214 QPC du 27 janvier 2012, *Société COVED SA (Droit de communication de l'administration des douanes)*, cons. 6.

droit au respect de la vie privée, lorsque la disposition législative soumise à l'examen du Conseil permet l'accès aux « données de connexion » relatives à une personne.

Dans ses décisions n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015³⁶ et n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015³⁷, le Conseil constitutionnel n'a ainsi admis la constitutionnalité des procédures de réquisition administrative des données de connexion qu'après avoir relevé l'ensemble des garanties prévues par la loi pour permettre une conciliation entre le droit au respect de la vie privée et la prévention des atteintes à l'ordre public. Ces garanties tenaient à la fois aux modalités selon lesquelles l'accès aux données de connexion est autorisé, aux finalités et motifs qui le justifient, au traitement et à la conservation de ces données.

Au cas d'espèce, le dispositif institué par le législateur n'entourait d'aucune garantie l'accès par les agents de l'ADLC aux données de connexion.

Dans la décision du 5 août 2015 commentée, le Conseil constitutionnel a en conséquence jugé « *que la communication des données de connexion est de nature à porter atteinte au droit au respect de la vie privée de la personne intéressée ; que, si le législateur a réservé à des agents habilités et soumis au respect du secret professionnel le pouvoir d'obtenir ces données et ne leur a pas conféré un pouvoir d'exécution forcée, il n'a assorti la procédure prévue par le 2° de l'article 216 d'aucune autre garantie ; qu'en particulier, le fait que les opérateurs et prestataires ne sont pas tenus de communiquer les données de connexion de leurs clients ne sauraient constituer une garantie pour ces derniers ; que, dans ces conditions, le législateur n'a pas assorti la procédure prévue par le 2° de l'article 216 de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée entre, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions* » (cons. 137).

VI. – La possibilité pour le tribunal saisi d'une procédure de redressement judiciaire d'ordonner une augmentation de capital ou la cession des parts des associés ou actionnaires opposés au plan de redressement (paragraphe I de l'article 238)

Le paragraphe I de l'article 238 insère un nouvel article L. 631-19-2 dans le chapitre I^{er} du titre III du code de commerce consacré au redressement judiciaire.

³⁶ Décision n° 2015-713 DC du 23 juillet 2015, *Loi relative au renseignement*, cons. 52 et s.

³⁷ Décision n° 2015-478 QPC du 24 juillet 2015, *Association French Data Network et autres (Accès administratif aux données de connexion)*, cons. 11 et s.

Ce nouvel article L. 631-19-2 permet un rééquilibrage des pouvoirs entre les actionnaires et les créanciers, au bénéfice de ces derniers, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire.

Cette volonté de rééquilibrage était notamment apparue dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014³⁸. Le projet de texte qui allait devenir l'ordonnance du 12 mars 2014 contenait, lors de la phase de consultation en décembre 2013, un mécanisme de cession forcée des actions. Le Gouvernement a ultérieurement renoncé à celui-ci, notamment en raison de l'avis alors rendu par le Conseil d'État³⁹.

Le texte finalement adopté a créé l'article L. 631-9-1 du code de commerce qui permet à l'administrateur, à défaut de reconstitution des capitaux propres conformément à l'article L. 626-3 du même code, de demander la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée et de voter « *à la place du ou des associés ou actionnaires opposants* » lorsque le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan.

L'ordonnance du 12 mars 2014 a innové en permettant aux créanciers membres des comités de créanciers de proposer un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire alternatif à celui du débiteur.

L'objectif était d'éviter que les créanciers soient confrontés au choix qui leur est habituellement offert d'accepter soit le plan proposé par le débiteur, soit un rééchelonnement sur une longue durée de la dette.

Le juge dispose en effet toujours de la faculté d'allonger la maturité des créances, quel que soit le rang des créanciers, ou de réduire leur montant. Si les créanciers envisagent de convertir leurs créances en capital, les actionnaires, en vertu de leurs droits de vote et donc de leur droit de propriété, disposent de la capacité de bloquer toute dilution du capital, de sorte qu'il en résulte, le plus souvent, une absorption de l'endettement par rééchelonnement ou réduction, à supporter par les seuls créanciers.

Cependant, même avec la capacité récemment offerte aux créanciers de présenter un plan de redressement concurrent de celui du débiteur, les actionnaires peuvent encore mettre en échec la prise de contrôle de la société par

³⁸ Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. L'article 54 de cette ordonnance a créé l'article L. 631-19-1 du code de commerce qui a fait l'objet du renvoi d'une QPC par la Cour de cassation (Cass., 7 juillet 2015, n° C 14-29.360).

³⁹ CE, avis n° 388389, *Rapport public 2015*, p. 309

ses créanciers, toute modification du capital ne pouvant être décidée que par l'assemblée générale des actionnaires.

Cette situation de conflit entre actionnaires et créanciers est particulièrement sensible pour une entreprise viable mais en situation d'insolvabilité, c'est-à-dire dont la valeur des actifs devient inférieure à celle des dettes et dont le bilan doit être restructuré. Créanciers et actionnaires doivent alors « prendre leurs pertes », ce qui nécessite un effort important et rapide de coordination de leur part.

L'objet du paragraphe I de l'article 238 de la loi déferée est de permettre de dissocier le sort de l'entreprise et celui des associés ou actionnaires, lorsque ces derniers n'ont plus d'intérêt à investir en fonds propres dans une entreprise, pourtant économiquement viable, les sommes investies étant utilisées aux seules fins de remboursement des créanciers.

En droit positif, une telle disposition est innovante⁴⁰. L'éviction d'actionnaires ne peut habituellement résulter que d'un pacte d'actionnaires ou de clauses statutaires d'exclusion⁴¹. L'article L. 631-19-2 du code de commerce, introduit par l'article 238, a, quant à lui, un objet limité : il ne s'applique qu'à des entreprises dont les capitaux propres sont inférieurs à la moitié du capital social ; l'actionnaire peut toujours éviter le déclenchement d'une telle condition ; un tiers n'aura intérêt à investir en fonds propres que si l'opération peut conduire à une dilution forte des parts des actionnaires ou associés majoritaires.

Les dispositions du paragraphe I de l'article 238 de la loi déferée tentent de rapprocher le droit interne de standards internationaux : l'éviction des actionnaires récalcitrants est en effet une possibilité ouverte notamment dans les droits américain, anglais ou allemand.

Le nouvel article L. 631-19-2 créé par le paragraphe I de l'article 238 de la loi déferée confère au tribunal deux pouvoirs distincts : il peut ordonner une augmentation de capital, dite « dilution forcée », ou une cession, dite « cession forcée » :

– le mécanisme de « dilution forcée » permet au tribunal de désigner un mandataire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter l'augmentation de capital en lieu et place des associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital, à hauteur du montant prévu par le plan de redressement ;

⁴⁰ M. Ferrand, rapporteur général à l'Assemblée nationale, soulignait le « caractère novateur, rénovateur et révolutionnaire de la disposition » (Rapport fait au nom de la commission spéciale, tome I, vol. 2, p. 582).

⁴¹ L'article L. 227-16 du code de commerce prévoit ainsi pour les sociétés anonymes simplifiées que « Dans les conditions qu'ils déterminent, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions ».

– le mécanisme de « cession forcée » permet au tribunal d’ordonner au profit des personnes qui se sont engagées à exécuter le projet de plan de redressement, la cession de tout ou partie de la participation détenue dans le capital de la société par les associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées générales de cette société ou qui disposent seuls de la majorité des droits de vote dans cette société en application d’un accord conclu avec d’autres associés ou actionnaires, non contraire à l’intérêt de la société.

Le législateur a encadré la mise en œuvre de ces pouvoirs de différentes garanties qui, pour certaines, sont communes aux deux dispositifs et, pour d’autres, sont spécifiques à chaque dispositif :

– dans les deux cas, le pouvoir conféré au tribunal ne trouve à s’appliquer qu’aux entreprises employant au moins cent cinquante salariés et à la double condition que leur cessation d’activité soit de nature à causer un trouble grave à l’économie nationale ou régionale et au bassin d’emploi et que la modification du capital apparaisse comme la seule solution sérieuse permettant d’éviter ce trouble et de permettre la poursuite de l’activité, après examen des possibilités de cession totale ou partielle de l’entreprise ; de même, l’augmentation de capital ou la cession ne peut être mise en œuvre qu’après l’expiration d’un délai de trois mois suivant le jugement d’ouverture de redressement judiciaire ;

– dans le cas de la « dilution forcée », sont seuls exclus du vote portant sur l’augmentation de capital les associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital ; de même, les actions ou parts sociales émises sont proposées par préférence aux actionnaires, y compris ceux ayant refusé la modification du capital, si l’augmentation est souscrite en numéraire ; enfin, la possibilité offerte aux créanciers de souscrire à l’augmentation de capital par compensation avec les créances qu’ils détiennent sur la société ne vaut que pour celles de leurs créances qui ont été admises et dans la limite de la réduction dont elles sont l’objet dans le plan de redressement ;

– dans le cas de la « cession forcée », sont seuls visés les associés ou actionnaires ayant refusé la modification du capital et qui détiennent, directement ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage dans les assemblées générales de cette société ou qui y disposent seuls de la majorité des droits de vote en application d’un accord conclu avec d’autres associés ou actionnaires, non contraire à l’intérêt de la société ; de même, les associés ou actionnaires, autres que ceux ayant refusé la modification du capital et qui détiennent, directement

ou indirectement, une fraction du capital leur conférant une majorité des droits de vote ou une minorité de blocage, disposent du droit de se retirer de la société et de demander simultanément le rachat de leurs droits sociaux par les cessionnaires ; enfin, en l'absence d'accord sur la valeur des droits des associés ou actionnaires en cas de cession, cette valeur est déterminée par un expert désigné par le tribunal.

Les sénateurs requérants critiquaient les dispositions du paragraphe I de l'article 238 en soutenant que la « dilution forcée » et la « cession forcée » des parts des associés ou actionnaires opposés au plan de redressement portent atteinte au droit de propriété des associés et actionnaires. Ils reprochaient également au mécanisme de « dilution forcée » d'être incompatible avec le droit de l'Union européenne.

Après avoir rejeté ces griefs, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions contestées conformes à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel a déjà contrôlé des dispositions relatives à la privation des droits de vote de l'actionnaire venant sanctionner un défaut de déclaration de franchissement de seuil. Dans sa décision n° 2013-369 QPC du 28 février 2014⁴², après avoir relevé que « *la suspension des droits de vote instituée par les dispositions contestées a pour objet de faire obstacle aux prises de participation occultes dans les sociétés cotées afin de renforcer, d'une part, le respect des règles assurant la loyauté dans les relations entre la société et ses membres, ainsi qu'entre ses membres et, d'autre part, la transparence des marchés ; qu'ainsi, ces dispositions poursuivent un but d'intérêt général* »⁴³, le Conseil a jugé :

« Considérant que l'actionnaire détenteur des actions soumises aux dispositions contestées en demeure le seul propriétaire ; qu'il conserve notamment son droit au partage des bénéfices sociaux et, éventuellement, les droits qui naîtraient pour lui de l'émission de bons de souscription d'actions ou de la liquidation de la société ; qu'il peut librement céder ces actions sans que cette cession ait pour effet de transférer au cessionnaire la suspension temporaire des droits de vote ; que la privation des droits de vote cesse deux ans après la régularisation par l'actionnaire de sa déclaration ; qu'elle ne porte que sur la fraction des actions détenues par l'actionnaire intéressé qui dépasse le seuil non déclaré ; que l'actionnaire dispose d'un recours juridictionnel pour contester la décision le privant de ses droits de vote ;

« Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, d'une part, les atteintes au

⁴² Décision n° 2013-369 QPC du 28 février 2014, *Société Madag (Droit de vote dans les sociétés cotées)*.

⁴³ *Ibidem*, cons. 9.

droit de propriété qui peuvent résulter de l'application des dispositions contestées n'entraînent pas de privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ; que, d'autre part, compte tenu de l'encadrement dans le temps et de la portée limitée de cette privation des droits de vote, l'atteinte à l'exercice du droit de propriété de l'actionnaire qui résulte des dispositions contestées ne revêt pas un caractère disproportionné au regard du but poursuivi ; que, par suite, les griefs tirés de l'atteinte au droit de propriété doivent être écartés »⁴⁴.

De même que dans cette précédente décision, les dispositions de l'article 238 contestées portaient atteinte au droit de propriété des associés ou actionnaires, que ce soit dans l'hypothèse de la dilution (en raison de la suspension du droit de vote) ou dans celle de la cession (en raison de l'obligation de céder les actions).

Dans la décision commentée du 5 août 2015, le Conseil constitutionnel a d'abord considéré « *qu'en adoptant les dispositions de l'article L. 631-19-2 du code de commerce, le législateur a entendu encourager la poursuite d'activité des entreprises ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général* » (cons. 142).

Compte tenu de cet objectif d'intérêt général, le Conseil a examiné les atteintes portées au droit de propriété. Il a en particulier relevé l'ensemble des garanties légales mentionnées ci-dessus prévues par les dispositions contestées pour les deux dispositifs (cons. 142 à 144). Il a également noté que les dispositions contestées, si elles portent atteinte au droit de propriété des associés et actionnaires, contribuent à préserver les droits patrimoniaux des créanciers de l'entreprise. Il a alors jugé que les deux dispositifs de « dilution forcée » et de « cession forcée » institués par le législateur, « *ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée au droit de propriété des associés et actionnaires* » (cons. 145).

VII. – Le plafonnement de l'indemnité prononcée par le conseil des prud'hommes en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse (article 266)

A. – L'état actuel du droit

Aux termes de l'article L. 1235-3 du code du travail : « *Si le licenciement d'un salarié survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le juge peut*

⁴⁴ *Ibidem*, cons. 10 et 11.

proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis.

« Si l'une ou l'autre des parties refuse, le juge octroie une indemnité au salarié. Cette indemnité, à la charge de l'employeur, ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois. Elle est due sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 ».

Selon l'article L. 1235-5 du même code : *« Ne sont pas applicables au licenciement d'un salarié de moins de deux ans d'ancienneté dans l'entreprise et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés, les dispositions relatives :*

« 1° Aux irrégularités de procédure, prévues à l'article L. 1235-2;

« 2° A l'absence de cause réelle et sérieuse, prévues à l'article L. 1235-3;

« 3° Au remboursement des indemnités de chômage, prévues à l'article L. 1235-4.

« Le salarié peut prétendre, en cas de licenciement abusif, à une indemnité correspondant au préjudice subi.

« Toutefois, en cas de méconnaissance des dispositions des articles L. 1232-4 et L. 1233-13, relatives à l'assistance du salarié par un conseiller, les dispositions relatives aux irrégularités de procédure prévues à l'article L. 1235-2 s'appliquent même au licenciement d'un salarié ayant moins de deux ans d'ancienneté et au licenciement opéré dans une entreprise employant habituellement moins de onze salariés ».

Dès la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 modifiant le code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée, dont sont issues les dispositions de l'article L.1235-3, le législateur a choisi de ne pas faire de l'exigence de cause réelle et sérieuse du licenciement une condition de validité de celui-ci. La sanction de l'absence d'une telle cause n'est pas la nullité du licenciement mais l'octroi de dommages et intérêts au salarié.

L'article L. 1235-3 prévoit toutefois la faculté pour le juge de « proposer » la réintégration. Il ne s'agit pas d'une obligation pour lui et les parties peuvent refuser cette réintégration. La réintégration est, en revanche, imposée à l'employeur lorsque le licenciement est nul. C'est le cas lorsque ce licenciement repose sur une cause illicite (discrimination, femmes enceintes, victimes d'accidents du travail ...).

S'agissant de l'indemnité versée en cas de refus de réintégration pour réparer le préjudice né de l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement, le cadre général est fixé par l'article L. 1235-3 qui prévoit que cette indemnité est supérieure à un plancher de six mois de salaire.

Le 2° de l'article L. 1235-5 prévoit une dérogation qui concerne les salariés ayant moins de deux ans d'ancienneté ou qui travaillent dans les entreprises employant moins de onze salariés. Ces salariés ont droit à l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, mais ne bénéficient pas du plancher de six mois de salaire.

Les textes en vigueur ne prévoient, en revanche, aucun plafond : le principe est la réparation intégrale du préjudice, prenant en considération des éléments variés tels que l'ancienneté, l'âge, les qualifications, la situation familiale...

L'indemnité en cause n'est, enfin, pas « l'indemnité de licenciement » prévue par l'article L. 1234-9 du code du travail. Elle répare l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement et s'ajoute à l'indemnité de licenciement, ainsi que le prévoit expressément l'article L. 1235-3. Cette indemnité se cumule en outre avec l'indemnité de préavis, l'indemnité compensatrice de congés payés et les éventuelles indemnités contractuelle ou conventionnelle.

B. – La mesure prévue par la loi déferée

Introduite par voie d'amendement du Gouvernement en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale et modifiée par la commission spéciale, la disposition contestée par les députés requérants institue un mécanisme fixant un plafond et un plancher pour l'indemnité que l'employeur peut se voir condamner à verser dans le cas d'un licenciement contesté avec succès pour absence de cause réelle et sérieuse⁴⁵, pour réparer le préjudice cause par cette absence de cause réelle et sérieuse.

L'article 266 comprend deux paragraphes.

Son paragraphe I apporte les modifications suivantes au code du travail : son 1° modifie l'article L. 1235-3, en y ajoutant un tableau des indemnités ; son 2° ajoute, après l'article L. 1235-3, deux nouveaux articles L. 1235-3-1 et L. 1235-3-2 ; son 3° abroge le 2° de l'article L. 1235-5.

* La modification de l'article L. 1235-3 :

⁴⁵ La disposition examinée s'ajoute à ce que contenait déjà le texte et qui figure au 4° du nouvel article L. 1421-2 du code du travail, créé par l'article 258 du texte déferé, selon lequel : « Après le quatrième alinéa de l'article L. 1235-1, sont insérés trois alinéas ainsi rédigés : « *Le juge peut prendre en compte un référentiel indicatif établi, après avis du Conseil supérieur de la prud'homie, selon les modalités prévues par décret en Conseil d'Etat. Ce référentiel fixe le montant de l'indemnité susceptible d'être allouée, en fonction notamment de l'ancienneté, de l'âge et de la situation du demandeur par rapport à l'emploi, sans préjudice des indemnités légales, conventionnelles ou contractuelles. Si les parties en font conjointement la demande, l'indemnité est fixée par la seule application de ce référentiel* ».

La disposition se présente sous la forme d'une matrice, introduite à l'article L. 1235-3, qui combine deux critères.

En cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, le juge octroie au salarié - en plus de son éventuelle indemnité légale, conventionnelle ou contractuelle de licenciement - une indemnité respectant des minima et des maxima, variant en fonction des effectifs de l'entreprise et de l'ancienneté du salarié et exprimée en mois de salaire, selon le tableau ci-dessous :

Ancienneté du salarié	Effectif de l'entreprise		
	Moins de 20 salariés	Entre 20 et 299 salariés	A partir de 300 salariés
- moins de 2 ans	Maximum 3 mois	Maximum 4 mois	Maximum 4 mois
- entre 2 et moins de 10 ans	Minimum 2 mois	Minimum 4 mois	Minimum 6 mois
	Maximum 6 mois	Maximum 10 mois	Maximum 12 mois
- 10 ans et plus	Minimum 2 mois	Minimum 4 mois	Minimum 6 mois
	Maximum 12 mois	Maximum 20 mois	Maximum 27 mois

* Les nouveaux articles L. 1235-3-1 et L. 1235-3-2 :

L'article L. 1235-3-1 précise que les planchers et plafonds s'appliquent lorsque la rupture du contrat de travail s'inscrit dans le régime de la prise d'acte prévu par l'article L. 1451-1.

L'article L. 1235-3-2, d'une part, exclut de l'application de l'article L. 1235-3, et donc des planchers et plafonds figurant dans le tableau, certaines hypothèses limitativement énumérées de faute d'une particulière gravité de l'employeur (harcèlement, discrimination, égalité hommes-femmes, corruption, violation du droit de grève ...).

Il prévoit, d'autre part, que les indemnités prévues en cas de violation de la réglementation des licenciements économiques⁴⁶ ne sont pas remises en cause ni prises en compte pour apprécier le respect des plafonds.

⁴⁶ Il s'agit de l'indemnité d'au moins 12 mois de salaire due en cas de nullité d'un « important » licenciement sans validation ou homologation, de l'indemnité d'au moins 6 mois de salaire due en cas d'annulation d'une décision de validation ou d'homologation, de l'indemnité calculée en fonction du préjudice subi en cas de violation des procédures de consultation ou d'information des institutions représentatives du personnel ...

Le paragraphe II de l'article 266 prévoit les modalités d'application des dispositions du paragraphe I aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la loi. En cas d'instance introduite avant la date de publication de la loi, l'action est poursuivie et jugée conformément aux dispositions législatives antérieures, y compris en appel et en cassation.

C. – La constitutionnalité de la mesure

1. Les principes constitutionnels applicables

Les dispositions légales contestées relèvent du domaine du droit du travail. L'article 34 de la Constitution prévoit qu'en ces matières la loi détermine les principes fondamentaux. S'agissant de l'étendue du pouvoir du législateur, le Conseil constitutionnel juge constamment que, dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, il lui est à tout moment loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité, dès lors que, dans l'exercice de ce pouvoir, il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel.

En l'espèce, il importait donc de vérifier si les dispositions contestées de l'article 266 de la loi déférée ne privaient pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel.

Trouvaient à s'appliquer, en l'espèce, le droit d'agir en réparation d'un fait fautif, protégé par l'article 4 de la Déclaration de 1789, et le principe d'égalité devant la loi, protégé par l'article 6 de cette déclaration.

Sur le premier point, le Conseil juge « *qu'en principe tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »⁴⁷. Contrairement à la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne reconnaît pas de principe constitutionnel de la réparation intégrale. Le législateur peut apporter au principe de responsabilité pour faute des restrictions justifiées par un motif d'intérêt général⁴⁸.

Ainsi par exemple, s'agissant du régime d'indemnisation des accidents du travail, si le Conseil constitutionnel a admis le régime de réparation forfaitaire

⁴⁷ Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Loi relative au développement des institutions représentatives du personnel*, cons. 3.

⁴⁸ V., par exemple, décision n° 2014-415 QPC du 26 septembre 2014, *M. François F. (Responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif)*, cons. 5.

de la perte de salaire ou de l'incapacité, d'exclusion de certains préjudices et l'impossibilité, pour la victime ou ses ayants droit, d'agir contre l'employeur, il a estimé qu'en cas de « faute inexcusable de l'employeur », les dispositions du code de la sécurité sociale ne sauraient « *sans porter une atteinte disproportionnée au droit des victimes d'actes fautifs* », limiter la liste des dommages indemnissables⁴⁹.

Par ailleurs, lorsque la loi fixe elle-même l'indemnisation, le Conseil constitutionnel vérifie si celle-ci n'est pas manifestement entachée d'erreur d'appréciation. Le Conseil a procédé à ce contrôle lors de l'examen des dispositions relatives à la suppression de la profession de syndic-administrateur judiciaire⁵⁰ et de celles relatives à la suppression de la profession de courtier interprète et conducteur de navires⁵¹. Il a également procédé à ce contrôle pour les dispositions prévoyant la dissolution de sociétés coopératives de main-d'œuvre⁵² et celles relatives à la cessation anticipée de la diffusion analogique des chaînes de télévision⁵³. Lorsqu'il a statué sur la suppression du monopole des avoués, ce contrôle a abouti à une censure, l'indemnisation de certains préjudices portant atteinte à l'égalité devant les charges publiques⁵⁴.

La seconde exigence constitutionnelle applicable est l'égalité devant la loi : la réparation octroyée à la victime d'un dommage ne doit pas être discriminatoire. Le régime juridique qui l'organise doit respecter le principe d'égalité et il convient donc de vérifier si, dans les distinctions auxquelles le législateur a procédé, il a retenu des critères en rapport direct avec la loi qui les établit, soit pour régler des situations différentes, soit pour déroger à l'égalité pour des motifs d'intérêt général.

2. L'atteinte au principe d'égalité devant la loi

En lui-même, le principe d'un plafonnement de l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse prévu par les dispositions contestées ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle. Ainsi qu'il a été dit, le principe de la réparation intégrale du préjudice n'a pas valeur constitutionnelle.

⁴⁹ Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Époux L. (Faute inexcusable de l'employeur)*, cons. 16 à 18. V. dans le même sens la décision n° 2011-127 QPC du 6 mai 2011, *Consorts C. (Faute inexcusable de l'employeur : régime spécial des accidents du travail des marins)*, cons. 7 à 9.

⁵⁰ Décision n° 84-182 DC du 18 janvier 1985, *Loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise*, cons. 10.

⁵¹ Décision n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports*, cons. 7.

⁵² Décision n° 94-347 DC du 3 août 1994, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, cons. 14.

⁵³ Décision n° 2007-550 DC du 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, cons. 9 à 14.

⁵⁴ Décision n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011, *Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel*.

En outre, on peut observer que le législateur a déjà mis en place des mécanismes de plafonds d'indemnisation aux fondements diversifiés⁵⁵ dans différents secteurs.

La question la plus délicate posée par les dispositions contestées était soulevée par les députés requérants. Ceux-ci soutenaient que ces dispositions instituaient, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, une différence de traitement injustifiée entre les salariés licenciés sans cause réelle et sérieuse dès lors que le montant de cette indemnité variait en fonction de la taille de l'entreprise les employant.

C'est ainsi le fait que la différence de traitement ne reposait pas sur une différence de situation entre salariés et que le critère de différenciation retenu n'était pas pertinent qui étaient dénoncés par les députés auteurs de la saisine.

En droit du travail, de nombreuses différenciations sont opérées en fonction des effectifs de l'entreprise. C'est ainsi le cas pour ce qui concerne les relations collectives du travail : obligation d'organiser l'élection des délégués du personnel à partir de onze salariés⁵⁶, obligation de mise en place d'un règlement intérieur à partir de vingt salariés⁵⁷, obligation d'organiser l'élection du comité d'entreprise et du comité d'hygiène et de sécurité et des conditions de travail à partir de cinquante salariés⁵⁸ ... D'autres distinctions reposent sur l'idée que certaines obligations de la législation sociale ne doivent se déclencher qu'à compter d'un certain nombre de salariés : obligation d'emploi de personnes handicapées à compter de vingt salariés⁵⁹, obligation d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi en cas de grand licenciement économique collectif⁶⁰ ...

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs déjà admis des distinctions opérées par le législateur entre « petites » et « grandes » entreprises⁶¹.

Il n'avait toutefois jamais eu à se prononcer sur la possibilité de faire varier la réparation individuelle d'un préjudice subi par un salarié en fonction de la taille de l'entreprise. À cet égard, la décision n° 2012-232 QPC⁶², déclarant conforme à la Constitution les dispositions de l'article L. 1235-14 du code du travail qui

⁵⁵ Cf. à cet égard Ph. Casson, répertoire de droit civil Dalloz, Dommages et intérêts, n° 161 et suivants.

⁵⁶ Code du travail, art. L. 2312-2

⁵⁷ Code du travail, art. L. 1311-2

⁵⁸ Code du travail, art. L. 4611-1

⁵⁹ Code du travail, art. L. 5212-1

⁶⁰ Code du travail, art. L. 1233-61

⁶¹ Cf. par exemple la décision n°98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, s'agissant du décalage dans le temps de l'application de la loi « Aubry I » sur la réduction du temps de travail pour les « petites entreprises » par rapport aux « grandes » (cons. 35).

⁶² Décision n°2012-232 QPC du 13 avril 2012, *M. Raymond S. (Ancienneté dans l'entreprise et conséquence de la nullité du plan de sauvegarde de l'emploi)*.

excluent les salariés ayant une ancienneté de moins de deux ans et les salariés travaillant dans les entreprises employant habituellement moins de onze salariés du champ d'application d'indemnités prévues en cas de manquement à une obligation en matière de licenciement économique, ne pouvait être regardée comme engageant la jurisprudence. La question alors posée au Conseil constitutionnel était en effet relative à la constitutionnalité du critère de l'ancienneté.

Deux logiques s'affrontaient s'agissant des dispositions de l'article 266 de la loi déferée.

Le Gouvernement s'appuyait sur la différence de situation entre les « petites » et les « grandes » entreprises en faisant état de l'ampleur supérieure, pour les premières, des risques, des coûts et des durées des litiges devant les juridictions prud'homales en cas de rupture du contrat de travail. Le dispositif contesté avait été conçu pour « lever les freins à l'embauche » et ainsi favoriser l'emploi, en donnant de la prévisibilité aux employeurs et en limitant le montant de l'indemnité due en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse de manière graduée en fonction des effectifs de l'entreprise.

La position des députés requérants, se plaçant davantage du point de vue des salariés, consistait en revanche à observer que le critère des effectifs d'une entreprise n'est pas, en principe, de nature à justifier la fixation d'un montant d'indemnité différent. Le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse subit un préjudice individuel qui est dépourvu de tout lien avec les effectifs de l'entreprise.

Dans la décision du 5 août 2015 commentée, le Conseil constitutionnel a d'abord relevé les objectifs poursuivis par le législateur en adoptant les dispositions contestées : « *Considérant qu'en prévoyant que les montants minimal et maximal de l'indemnité accordée par le juge en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse sont fonction croissante des effectifs de l'entreprise, le législateur a entendu, en aménageant les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'employeur peut être engagée, assurer une plus grande sécurité juridique et favoriser l'emploi en levant les freins à l'embauche ; qu'il a ainsi poursuivi des buts d'intérêt général* » (cons. 151).

Le Conseil a alors considéré que si le législateur pouvait, pour poursuivre ces objectifs, prévoir un plafonnement du montant de l'indemnité due au salarié, les critères retenus pour ce plafonnement devaient présenter un lien avec le préjudice subi. De ce point de vue, autant le critère de l'ancienneté dans l'entreprise satisfaisait à cette exigence, autant celui de la taille de l'entreprise n'était pas en adéquation. En outre, le croisement de ces deux critères pour

établir les montants minimal et maximal d'indemnité faisait obstacle à ce que le Conseil puisse procéder à une censure partielle qui aurait suffi à purger les dispositions contestées de leur inconstitutionnalité.

La décision se fonde ainsi sur l'objet de la disposition en cause, qui est de déterminer le montant de la réparation du préjudice subi par le salarié. La situation traitée par le législateur est personnelle, dès lors qu'elle est propre à un salarié qui a subi un licenciement illégal. En outre, la distinction selon les effectifs des entreprises s'apparenterait à une différenciation selon la capacité contributive du débiteur, qui ne peut être un critère pour la détermination du préjudice subi.

Le Conseil a donc jugé : « *Considérant toutefois, que, si le législateur pouvait, à ces fins, plafonner l'indemnité due au salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il devait retenir des critères présentant un lien avec le préjudice subi par le salarié ; que, si le critère de l'ancienneté dans l'entreprise est ainsi en adéquation avec l'objet de la loi, tel n'est pas le cas du critère des effectifs de l'entreprise ; que, par suite, la différence de traitement instituée par les dispositions contestées méconnaît le principe d'égalité devant la loi* » (cons. 152).

Dès lors que le tableau prévu par l'article L. 1235-3 du code du travail encourait la censure pour méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, les autres dispositions de l'article 266, qui en étaient le corollaire, devaient également être déclarées contraires à la Constitution.