

Comment suivre le fil d'Ariane de la question prioritaire de constitutionnalité ?

Depuis le 1^{er} mars 2010, le mécanisme de contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est entré en vigueur. Il permet à tout justiciable, partie à une instance devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, en première instance, en appel ou en cassation, de soulever une question prioritaire de constitutionnalité.



Hervé ZAPP,
Avocat associé ⁽¹⁾
Société d'Avocats PDGB



James DU PASQUIER,
Avocat à la Cour
Société d'Avocats PDGB



L. n° 2009-1523, 10 déc. 2009, JO 11 déc., p. 21379.

POUR EN SAVOIR PLUS :
www.conseil-constitutionnel.fr

→ Repère : Lamy fiscal
2010, § 6158, 8119,
8213, 8449, 8719,
8722

Notre droit a longtemps connu une anomalie : la Constitution, placée au sommet de la hiérarchie des normes était l'un des textes les moins bien protégés de cette pyramide faute de procédure efficace propre à en assurer le respect. Le Conseil constitutionnel ne pouvait, à l'origine, être saisi que par un nombre réduit de personnes : le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l'Assemblée Nationale ou du Sénat.

La réforme de 1974 ⁽²⁾ en facilitant la saisine du Conseil constitutionnel lui a permis de s'affirmer dans un nouveau rôle dont il avait esquissé les contours grâce à sa décision du 16 juillet 1971 ⁽³⁾, celle de **protecteur du bloc de constitutionnalité** et non plus de la seule Constitution au sens strict. Ces modalités de contrôle de la constitutionnalité des lois étaient toutefois encore critiquées : la saisine de la juridiction constitutionnelle n'était possible que dans le cadre d'un contrôle *a priori* avant la promulgation de la loi, sans qu'il soit possible d'effectuer un contrôle *a posteriori* à la lumière de nouvelles normes constitutionnelles. Par ailleurs, l'accès au Conseil constitutionnel était réservé aux seuls politiques.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a changé cette situation puisque l'article 61-1 de la Constitution ⁽⁴⁾ prévoit désormais que les justiciables peuvent initier une procédure visant à amener le Conseil constitutionnel à se prononcer sur la constitutionnalité d'une disposition légale ⁽⁵⁾.

Cette nouvelle opportunité, entrée en application le 1^{er} mars 2010, mérite d'autant plus d'être exploitée par les contribuables, qu'à l'instar de la Convention européenne des droits de l'Homme qui est régulièrement qualifiée par la Cour européenne des droits de l'Homme « d'instrument vivant » ⁽⁶⁾, le Conseil constitutionnel veille régulièrement à reconnaître une valeur constitutionnelle à de nouvelles normes, depuis sa décision « Liberté d'association » ⁽⁷⁾ de 1971. Celui-ci joue un rôle **significatif en matière fiscale**. Il a ainsi récemment invalidé, à l'occasion de sa décision du 29 décembre 2009 ⁽⁸⁾, une partie de la réforme instituée par la loi de finances pour 2010 portant sur la cotisation économique territoriale et déclaré la taxe carbone contraire à la Constitution.

L'étude de la loi organique du 10 décembre 2009 permet toutefois de tempérer cet enthousiasme puisqu'elle permet de **mesurer les limites** que le législateur a posées à **la faculté d'invoquer le droit constitutionnel**. ▶

(1) Membre de l'IACF.

(2) L. n° 74-904, 29 oct. 1974, JO 30 oct. permettant la saisine du Conseil constitutionnel par 60 députés ou 60 sénateurs.

(3) Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, Liberté d'association.

(4) Cet article dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

(5) Les conditions d'application de cette nouvelle disposition sont régies par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, sous réserve d'interprétation apportées par le Conseil constitutionnel, le décret n° 2010-148 du 16 février 2010 et le nouveau règlement intérieur du Conseil constitutionnel du 4 février 2010 spécifique à cette procédure.

(6) CEDH, 27 oct. 2009, req n° 23459/03, Bayatyan c. Arménie.

(7) Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC, Liberté d'association.

(8) Cons. const., 29 déc. 2009, n° 2009-599 DC.

En revanche l'étude des arguments susceptibles d'être invoqués devant le Conseil constitutionnel permet d'en mesurer l'étendue.

→ **Une procédure visant à limiter le recours à la question prioritaire de constitutionnalité**

Inquiet à l'idée de provoquer un engorgement du Conseil constitutionnel, semblable à celui que peut connaître la Cour européenne des droits de l'Homme⁽⁹⁾ ou certaines cours constitutionnelles étrangères, le législateur a instauré une procédure destinée à limiter le nombre de questions posées au Conseil constitutionnel.

Les conditions à réunir pour poser une question prioritaire de constitutionnalité

La question prioritaire de constitutionnalité peut être posée devant n'importe quelle juridiction, quel qu'en soit le degré.

Le requérant devra pour cela démontrer que trois conditions sont réunies pour être en droit d'utiliser cette procédure :

- la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;
- elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement de circonstances ;
- la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

Il devra démontrer que la question qu'il envisage de poser ne porte pas sur un point annexe au litige, cette condition permet d'éviter des saisines inutiles voir dilatoires de la juridiction constitutionnelle.

Il devra également établir que la disposition n'a pas été déclarée conforme à la Constitution. À cette fin, signalons que le Conseil constitutionnel a mis en ligne sur son site un tableau des dispositions déclarées conformes à la Constitution, avec les références de sa décision. Celui-ci semble considérer que seuls les articles expressément examinés par le Conseil constitutionnel, lors de sa saisine, ont fait l'objet d'un tel examen. Ainsi, même

si une loi de finances a été considérée dans son ensemble comme conforme à la Constitution, il devrait être possible de contester la constitutionnalité d'un article de cette loi non examiné spécifiquement par le juge constitutionnel.

Par ailleurs, même si une disposition législative a été déclarée conforme à la Constitution à un moment donné, celle-ci pourra néanmoins être de nouveau attaquée si le

justiciable parvient à démontrer l'existence d'un changement de circonstances de fait et de droit.

La troisième et dernière condi-

tion permet d'écarter les recours manifestement abusifs. Cette condition devrait d'ailleurs être en principe appréciée de manière souple par les juges du fond.

Parallèlement à ces conditions de fond, le législateur a prévu des conditions de forme. La question prioritaire de constitutionnalité devra être présentée par un mémoire distinct des écritures au fond dans une enveloppe portant la mention « Question prioritaire de constitutionnalité »⁽¹⁰⁾.

Cette exigence montre que cette question est distincte du litige au fond et suit une procédure qui lui est propre avec des parties tierces à l'instance originelle.

La procédure de question prioritaire de constitutionnalité

La procédure applicable à cette question vise à redonner à la Constitution la place que le législateur a souhaité lui donner et qu'elle avait perdue, en pratique, ces dernières décennies face à l'évolution des droits supra-nationaux. Celle-ci a été conçue pour être plus rapide qu'un recours visant à contester la constitutionnalité d'une loi. Elle devrait aboutir en principe à une décision en moins de 9 mois.

Le point du litige portant sur la constitutionnalité de la loi devra par ailleurs être traité en priorité sur la contestation relative à la constitutionnalité du texte législatif.

« Le Conseil constitutionnel a mis en ligne sur son site un tableau des dispositions déclarées conformes à la Constitution, avec les références de sa décision »

(9) À titre d'illustration, signalons qu'au 1^{er} janvier 2009, 97.300 affaires étaient pendantes devant la CEDH et au 31 décembre 2009, ce chiffre était porté à 119.300 affaires.

(10) CJA, art. R.771-3 ; C. proc. civ., art. 126-2 et C. proc. pén., art. R. 49-21. Ces deux derniers articles n'obligent pas les parties à présenter leurs écritures au sein d'une enveloppe.

En pratique, le juge du fond qui aurait à connaître de cette procédure doit s'assurer sans délai que les conditions de recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité sont remplies afin de la transmettre à son juge de cassation.

En principe, il sursoit à statuer dans l'attente de la réponse à cette question.

Toutefois, si le juge de cassation ou le Conseil constitutionnel sont déjà saisi de la même question⁽¹¹⁾, le juge du fond ne la transmet pas, mais diffère sa décision, dans l'attente de la réponse du juge constitutionnel. À cette fin, les sites Internet de la Cour de Cassation, du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel comportent des tableaux de suivi des questions prioritaires de constitutionnalité qui leur ont été posées, pour permettre aux juges et aux justiciables de s'assurer que la **question est véritablement nouvelle**.

À son niveau, le juge de cassation s'assure de nouveau que les conditions de recevabilité sont remplies et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux, dans les 3 mois suivant sa saisine avant de décider de trans-

« La procédure devant le Conseil constitutionnel se caractérise (...) par sa brièveté puisqu'un délai de 3 mois lui est imparti pour rendre sa décision »

mettre le dossier spécifique à la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Si cette question a déjà été posée ou fait l'objet d'un examen en cours par le Conseil constitutionnel, le juge de cassation ne transmettra pas ce nouveau dossier similaire⁽¹²⁾.

Il n'est toutefois pas exclu que ces justiciables posant une question identique dont le dossier n'est pas transmis, soient recevables à déposer un mémoire écrit devant le Conseil constitutionnel afin de présenter des observations lors de l'examen de la question qui les concerne⁽¹³⁾.

Cette faculté devrait être admise d'autant plus facilement que cette pratique existait déjà dans le cadre du contrôle *a priori* de la loi. En outre, des personnes⁽¹⁴⁾ n'ayant pas la qualité de parties originelles au litige portant sur la question prioritaire de constitutionnalité, seront invitées à faire valoir leurs observations⁽¹⁵⁾ en tout état de cause.

La procédure devant le Conseil constitutionnel se caractérise également par sa brièveté puisqu'un délai de 3 mois lui est imparti pour rendre sa décision. Cette procédure est en outre placée sous le signe des **nouvelles technologies**

puisqu'elle aura entièrement lieu par voie électronique et que les audiences seront en principe filmées pour être retransmises sur le site Internet du Conseil constitutionnel.

→ Quels seront les limites des arguments susceptibles d'être invoqués lors du recours à la question prioritaire de constitutionnalité ?

La rédaction de l'article 61-1 de la Constitution peut susciter des interrogations puisqu'elle ne protège que les droits et libertés garantis par la Constitution. Il est dès lors difficile actuellement de prédire qu'elle pourra être l'interprétation qui sera faite de cette disposition par le Conseil constitutionnel, celle-ci pouvant ne pas inclure certaines dispositions constitutionnelles n'ayant pas la qualité de droits ou libertés. L'apparition régulière de nouvelles

normes à valeur constitutionnelle ne permet pas plus de délimiter le champ des arguments qui pourront être invoqués par les contribuables.

Ceux-ci pourront néanmoins puiser au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel des principes ayant déjà été reconnus et ayant permis d'annuler des dispositions en matière fiscale, en invoquant soit des **arguments de compétence** soit des **arguments de fond**.

Les arguments de compétence

Ces arguments portent aussi bien sur la **répartition des compétences** que sur la **manière de les exercer**. Il sera ainsi possible de se prévaloir des règles organisant la répartition des pouvoirs entre le pouvoir législatif et exécutif⁽¹⁶⁾.

Une loi empiétant sur le pouvoir réglementaire ou une loi au terme de laquelle le ►

(11) CJA, art. R.771-6 du CJA ; C. proc. civ., art. 126-5 et C. proc. pén., art. R.49-26.

(12) CJA, art. R.771-18.

(13) Concernant le règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, voir Les Petites Affiches, n° 38, 23 févr. 2010.

(14) Le Président de la République, le Premier Ministre et les présidents des deux Assemblées.

(15) Ord. n° 58-1067, 7 nov. 1958, art. 23-8 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

(16) Articles 34 et 37 de la Constitution de 1958.



PALAIS ROYAL © GASPARETTO ANTONI

législateur a omis d'exercer la plénitude de sa compétence⁽¹⁷⁾ pourra dorénavant être abrogée par le Conseil constitutionnel après sa promulgation.

Un tel argument pourrait également être invoqué lorsque la loi n'est pas d'une clarté suffisante pour ne faire l'objet que d'une seule interprétation⁽¹⁸⁾.

De même, les répartitions de compétence entre les lois ordinaires et les lois organiques sont également susceptibles de permettre de contester une loi de finances qui empiéterait sur le domaine réservé aux lois organiques⁽¹⁹⁾.

Enfin, d'autres arguments de compétence pourraient aussi être invoqués dans un domaine tout autre, le champ de compétence de l'autorité judiciaire prévue par l'article 66 de la Constitution. Celui-ci, rappelons-le, confie à l'autorité judiciaire la mission de sauvegarder les libertés individuelles sous tous leurs aspects, telle que l'inviolabilité du domicile.

Le Conseil constitutionnel a ainsi invalidé certaines dispositions relatives aux lois de perception fiscale pour avoir méconnu le rôle confié à l'autorité judiciaire⁽²⁰⁾.

Les arguments de fond

Les arguments de fond devraient être ceux qui seront le plus souvent invoqués devant le Conseil constitutionnel, ceux-ci pourront être propres

à la matière fiscale ou propres à d'autres domaines du droit.

Parmi les arguments proprement fiscaux, il est possible d'invoquer le principe d'égalité devant les charges publiques. Celui-ci a ainsi permis, dans le passé, au Conseil constitutionnel de s'opposer à l'octroi d'avantages fiscaux disproportionnés au profit de certains contribuables⁽²¹⁾. Il interdit par exemple la taxation uniforme d'activités saisonnières sans prendre en compte la durée effective de l'activité par chaque entreprise⁽²²⁾.

Ce principe a également été invoqué en matière de fiscalité écologique. Le Conseil constitutionnel a montré qu'il se livrait à une analyse complète de la loi et des intentions du législateur en invalidant une disposition conduisant à taxer plus lourdement une entreprise respectueuse de l'environnement qu'une entreprise polluante⁽²³⁾.

Il est ainsi possible d'imaginer que certains redevables de taxes pétrolières ou énergétiques

(17) Cons. const., 18 mars 2009, n° 2009-578 DC.

(18) Cons. const., 10 juill. 1985, n° 85-191 DC.

(19) Cons. const., 29 déc. 2003, n° 2003-489 DC.

(20) Cons. const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC.

(21) Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-55 DC, sur des mesures incitatives octroyant des avantages fiscaux disproportionnés ; Cons. const., n° 97-395 DC, 30 déc 1997, sur les distinctions entre les contribuables faisant l'objet d'une imposition individuelle et les contribuables mariés.

(22) Cons. const., 29 déc. 1999, n° 99-424 DC.

(23) Cons. const., 28 déc. 2000, n° 2000-441 DC.

tentent de les contester en invoquant divers textes à valeur constitutionnelle ayant *a priori* peu de lien avec la fiscalité, tel la Charte de l'Environnement de 2004 ⁽²⁴⁾ ...

Certains articles de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen devraient également être invoqués, tel que par exemple, son article 13. Celui-ci prévoit que **l'impôt doit être également réparti entre les citoyens en raison de leur faculté**. En matière fiscale, le législateur doit ainsi prendre en compte les capacités contributives de chaque contribuable lors de l'instauration d'un prélèvement obligatoire ⁽²⁵⁾.

D'autres dispositions de la Déclaration des droits de l'Homme sont par ailleurs susceptibles de s'appliquer en matière fiscale, telle que l'article 16 qui garantit la séparation de pouvoir. Celui-ci a permis au Conseil constitutionnel d'invalider des lois de validation législative rédigées de manière trop large ⁽²⁶⁾. Signalons ainsi à titre d'exemple que l'article 111 de la loi de finances rectificative pour 2005 qui s'opposait au droit de la récupération de TVA perçue sur les péages autoroutiers auprès des transporteurs routiers a été invalidé par le Conseil constitutionnel au visa de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme ⁽²⁷⁾.

De même l'article 8 qui garantit la nécessité et la proportionnalité des peines peut être invoqué ⁽²⁸⁾. Celui-ci a vocation à jouer un rôle important en matière de pénalités fiscales.

Enfin, les Principes Fondamentaux Reconus par les Lois de la République, les principes à valeur constitutionnelle, les objectifs à valeur constitutionnelle pourraient à l'avenir prendre une importance croissante dans

ce type de contentieux, de par la capacité du juge constitutionnel à révéler leur existence à l'occasion d'un contentieux. Rappelons ainsi, pour mémoire, que le principe de sauvegarde de la dignité humaine n'avait pas de valeur constitutionnelle avant 1994, jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel lui donne cette valeur à la demande de soixante députés ⁽²⁹⁾.

D'autres principes seront très vraisemblablement révélés par le juge constitutionnel à l'occasion des questions prioritaires de constitutionnalité qui lui seront posées.

COMMENTAIRE

Notons que les premières questions prioritaires de constitutionnalité ont été posées dès le 1^{er} mars aux tribunaux administratifs de Montreuil et de Cergy-Pontoise.

Cette réforme montre la volonté de l'État d'inviter les contribuables à contester les dispositions législatives au regard des dispositions nationales plutôt qu'au regard des dispositions supranationales. Le succès de cette réforme sera toutefois conditionné à une interprétation souple et efficiente de ces nouvelles règles de procédure de nature à éviter que les justiciables et leurs conseils ne se retrouvent prisonniers d'une procédure particulièrement complexe. Il appartiendra au juge du fond et au juge de cassation à veiller à ce que les contribuables disposent d'un fil d'Ariane propre à les guider vers le juge constitutionnel.

(24) Loi constitutionnelle n° 2005-205, 1^{er} mars 2005, JO 2 mars.

(25) Cons. const., 19 déc. 2000, n° 2000-437 DC.

(26) Cons. const., 21 déc. 1999, n° 99-422 DC.

(27) Cons. const., 29 déc. 2005, n° 2005-531 DC.

(28) Cons. const., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC.

(29) Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344.