

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Conformément au deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution, nous avons l'honneur de déférer au Conseil constitutionnel la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, définitivement adoptée le 10 juillet 2015.

Sur le respect de la procédure parlementaire

Les députés souhaitent attirer l'attention du Conseil constitutionnel sur des questions procédurales en raison d'un déséquilibre persistant dans les relations entre le Gouvernement et le Parlement et d'un manque de considération des droits de l'opposition.

A chaque étape de l'examen de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, les députés du groupe « les Républicains » ont dénoncé des méthodes et des initiatives qui bafouent les fondements premiers de notre démocratie. L'examen de la constitutionnalité de cette loi permettrait donc de rappeler les règles à respecter et de sanctionner les atteintes portées à la Constitution.

1. Sur l'absence de clarté et de sincérité du débat parlementaire

Dans sa récente décision du 11 juin 2015 portant sur les méthodes de travail du Sénat, le Conseil constitutionnel a rappelé l'importance du respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire qui découlent de l'article 6 de la DDHC et du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution¹.

En l'espèce, l'examen à l'Assemblée nationale du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques aurait méconnu les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

Ø Sur l'étude d'impact :

En vertu de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, les projets de loi doivent être accompagnés d'une étude d'impact précise et exhaustive. L'objectif est d'imposer au Gouvernement qu'il éclaire la représentation nationale sur les textes qu'il propose, qu'il en justifie les raisons et évalue leur portée.

Dans son avis sur le projet de loi, rendu le 8 décembre 2014, le Conseil d'État indique « qu'il n'a pu que déplorer, à la date de sa saisine du projet de loi, le caractère lacunaire et les graves insuffisances de l'étude d'impact sur de nombreuses dispositions du projet. Si, après des demandes en ce sens, des progrès ont pu être relevés lors de la présentation du projet de loi devant l'assemblée générale, le Conseil d'État appelle l'attention du Gouvernement sur la

¹ Décision n° 2015-712 DC du 11 juin 2015 « Résolution réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace », notamment cons. 2

nécessité de fournir dès le stade de sa saisine une étude d'impact propre à satisfaire aux exigences de l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 ».

L'insuffisance de l'étude d'impact a donc inévitablement nuit à l'exigence de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

Ø Sur le temps d'examen imparti pour l'ensemble du projet de loi en séance publique :

Dans sa décision du 11 juin 2015 précitée, le Conseil constitutionnel a rappelé que « les temps de parole ainsi déterminés par la Conférence des présidents ne sauraient être fixés de telle manière qu'ils privent d'effet les exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire »².

Le projet de loi déposé à l'Assemblée nationale le 11 décembre 2014 comportait 106 articles. En première lecture, à l'issue de l'examen en commission spéciale du 12 au 18 janvier 2015, 495 amendements ont modifié ce texte, insérant notamment 103 articles additionnels. L'examen en séance publique a quant à lui abouti à l'adoption de 559 amendements et le projet de loi a été porté à 295 articles. Le Sénat a également enrichi le texte qui a été porté à 405 articles, avec, il est vrai, un grand nombre d'articles supprimés et dont la suppression a été maintenue en nouvelle lecture.

Le temps législatif programmé décidé en Conférence des Présidents le 16 décembre 2014 prévoyait une discussion globale de 50h, se répartissant ainsi :

- 20h45 pour le groupe « les Républicains » (soit 1245 minutes)
- 14h05 pour le groupe SRC (soit 845 minutes)
- 5h40 pour le Groupe UDI (soit 340 minutes)
- 3h15 pour le groupe Ecolo (soit 195 minutes)
- 3h10 pour le groupe RRDP (soit 190 minutes)
- 3h05 pour le groupe GDR (soit 185 minutes)

Or, entre le dépôt du texte sur le bureau de l'Assemblée nationale et l'examen en séance publique, le nombre d'articles a doublé.

Si on rapporte le temps de chaque groupe au nombre d'articles à examiner en séance publique (209), on obtient un temps de parole de moins de 6 minutes par article pour l'ensemble des députés du groupe « les Républicains » ou de moins d'une minute pour les trois plus petits groupes parlementaires (Ecolo, RRDP, GDR). Et même si, en cours de débat, a été ajouté à ce temps de parole les « temps Président », il n'en demeure pas moins que le temps imparti aux groupes parlementaires en séance publique, basé sur un nombre de 106 articles, reste bien insuffisant pour un texte ayant doublé de volume à l'issue de la commission.

De telles contraintes ont, de manière bien prévisible, pesé sur le débat parlementaire puisqu'au moment de la discussion des articles du titre III, les députés des groupes parlementaires avaient épuisé leur temps de parole. Ce n'est qu'à la faveur de l'article 55 alinéa 6 du règlement de l'Assemblée nationale³ que l'examen du texte a, tant bien que mal, pu se poursuivre dans la nuit du 14 février 2015.

² Cons. 30

³ Cet article offre 10 minutes supplémentaires par groupe sur chaque article sur lequel un amendement du Gouvernement aurait été déposé hors délai

La rationalisation (même légitime) du débat parlementaire a donc été détournée de son utilité première. De telles conditions d'examen ne peuvent être considérées comme respectueuses des droits de l'opposition et de l'exigence démocratique de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

2. Sur le détournement de la procédure parlementaire

Ø Sur le contournement de l'obligation d'étude d'impact :

On peut constater que dès la première lecture en commission spéciale, 36 amendements du Gouvernement ont été adoptés. Il ne s'agissait pas uniquement d'amendements de précision ou d'amélioration de dispositions présentées quelques semaines seulement auparavant, puisque sur ces 36 amendements, 28 ont inséré un article additionnel dans le projet de loi.

Ces nouveaux articles concernaient par exemple la réalisation d'une infrastructure ferroviaire entre Paris et l'aéroport Paris-Charles-de-Gaulle (article 8), la réforme des modalités du permis de conduire (articles 22 et suivants), l'encouragement de l'épargne salariale (articles 168 et suivants) ou encore des réformes relatives aux missions et procédures devant l'Autorité de la concurrence (articles 215 et suivants).

De même en séance publique, sur les 35 amendements du Gouvernement adoptés, 9 introduisaient un article additionnel, avec parfois des conséquences non négligeables. Il convient de citer notamment l'article 6 qui permet la réalisation de la liaison fluviale Seine-Nord Europe ou encore l'article 50 A (supprimé en cours de navette parlementaire) qui prévoyait la création de société de projet dans le secteur de la défense nationale.

En utilisant ainsi son droit d'amendement pour introduire dans le projet de loi des articles significatifs, le Gouvernement s'est dispensé de l'obligation d'étude d'impact. Sans même se prononcer sur le fond de ces sujets, il est incontestable qu'ils sont loin d'être anodins et donc qu'ils auraient mérité de faire l'objet d'une étude d'impact.

Ø Sur l'absence de règles claires relatives à l'organisation des lectures définitives à l'Assemblée nationale :

L'article 45 alinéa 4 de la Constitution précise que « l'Assemblée nationale peut reprendre le dernier texte voté par elle, modifié le cas échéant par un ou plusieurs des amendements adoptés par le Sénat ». Les députés ne peuvent donc déposer que des amendements qui auraient été adoptés au Sénat.

Cette lecture définitive fait l'objet d'une réunion de commission puis d'un examen en séance publique. Or, la réunion de commission s'effectue dans un « flou procédural » auquel il serait utile que le Conseil constitutionnel mette un terme. On ne sait pas quelle est la nature de cette réunion :

Est-ce une réunion « au fond » avec un examen des amendements déposés, en application de l'article 86 du règlement ?

- Cela supposerait que les députés puissent déposer des amendements pour la commission et pour la séance. Or, en l'espèce, seule une voie d'accès pour le dépôt d'amendement était ouverte sur le logiciel interne ELOI.
- Cela supposerait aussi que cette réunion donne lieu à un rapport législatif et à un compte-rendu précis des échanges et des débats sur les amendements, ce qui est le cas en l'espèce⁴.
- Cela supposerait alors, en application de la réforme constitutionnelle de 2008, que les amendements adoptés en commission soient intégrés au texte présenté en séance publique, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

Est-ce une réunion comme la réunion de commission en application de l'article 88 du règlement ?

- Cela supposerait qu'il y ait alors eu une réunion préalable « au fond » puisque l'article 88 précise « Postérieurement à la réunion tenue en application de l'article 86 ». Or, tel n'a pas été le cas en l'espèce.
- Cela supposerait aussi qu'il ne soit plus possible pour les députés de déposer des amendements pour la séance, puisque la réunion « article 88 » se tient une fois que le délai de dépôt est clos⁵. Or, en l'espèce, il était tout à fait possible pour les députés de continuer de déposer des amendements pour la séance, ce que n'ont pas manqué de faire plusieurs députés, de groupes parlementaires différents.
- Enfin, cela supposerait, d'une part, que cette réunion ne procède qu'à un balayage des amendements déposés pour la séance (et qui devront être débattus « au fond » en séance publique), peu importe alors que leur auteur soit présent ou non, et, d'autre part, que le compte-rendu de la commission soit, de fait, minimaliste.

Il apparaît que la réunion de commission en lecture définitive n'est ni exactement une réunion « au fond » ni une réunion « article 88 ». En effet, le compte-rendu montre que cette commission a duré longtemps (environ 2 heures) et qu'elle a donné lieu à des échanges de fond. Le Président de la commission a introduit la réunion par un propos procédural. Les députés ont alors fait part de leurs observations et questions, ce qui souligne d'ailleurs la perplexité des uns et des autres face à la procédure. Lors de chaque amendement, un débat a pu avoir lieu si l'auteur le souhaitait. Certains députés, considérant que cette réunion était une « réunion article 88 » ont informé la commission qu'ils se réservaient pour la séance publique, d'autres députés ont pris le temps de défendre leurs positions sur divers amendements importants, pour que le compte-rendu fasse état du débat.

Si la question de la nature des commissions en lecture définitive n'a jamais été soulevée jusqu'à présent c'est parce que ces réunions de commission sont, en pratique, rapides et se bornent à reprendre le dernier texte voté par l'Assemblée nationale sans ouvrir de nouveau débat, sans accepter d'amendement. Tel n'a pas été le cas en l'espèce, ce qui conduit les députés « Les Républicains » à interroger le Conseil constitutionnel.

⁴ Rapport Assemblée nationale n°2970

⁵ L'article 88 précise « En tout état de cause, (la commission) en tient une après l'expiration du délai prévu à l'article 99 ».

Ø Sur les conséquences de l'utilisation de l'article 49.3 de la Constitution avant toute discussion en séance publique :

L'article 49 alinéa 3 de la Constitution permet au Gouvernement d'engager sa responsabilité devant l'Assemblée nationale sur le vote d'un texte qui sera considéré comme adopté sauf si une motion de censure est adoptée dans les conditions prévues par la Constitution et le règlement de l'Assemblée. Le Gouvernement peut utiliser cet article à tout moment de l'examen du texte.

Ainsi, en l'espèce, il a engagé sa responsabilité juste avant le vote solennel prévu à l'Assemblée nationale le 17 février 2015. Les députés ont alors eu la faculté de débattre en séance publique et ils ont « seulement » été privés d'un vote solennel sur l'ensemble du texte.

Le Gouvernement a de nouveau engagé sa responsabilité en nouvelle lecture (c'est-à-dire après échec de la CMP) le 16 juin 2015 et lors de la lecture définitive le 9 juillet 2015, avant même l'examen du texte en séance publique.

Lors de la nouvelle lecture, les députés ont certes débattu en commission, adopté de nombreux amendements. Le texte sur lequel le Gouvernement a engagé sa responsabilité était le texte de la commission n° 2866, modifié par des amendements identifiés par le Premier Ministre et déposés pour l'examen en séance publique.

Les amendements ainsi retenus n'ont fait l'objet d'aucun débat ni en commission ni en séance. En effet, la réunion de commission qui se tient en application de l'article 88 du règlement a vocation à balayer les amendements déposés pour la séance publique dans les limites du délai de dépôt. Le rapporteur indique alors quels sont les amendements sur lesquels il souhaite donner un avis favorable ou défavorable. Les députés présents, apportent leur soutien ou non au Rapporteur par un vote. On considère alors que ces amendements sont « acceptés ».

Lors de la lecture définitive, le Gouvernement a procédé de même : il a engagé sa responsabilité sur le dernier texte voté par l'Assemblée nationale (TA 538) – puisqu'en application de l'article 45 alinéa 4 de la Constitution « l'Assemblée nationale peut reprendre le dernier texte voté par elle » - en intégrant certains amendements. Ces amendements n'ont fait l'objet d'aucun débat ni en commission ni en séance publique.

En l'espèce, ce qui pose donc problème, ce n'est pas tant le moment choisi par le Gouvernement pour engager sa responsabilité que le fait qu'il intègre des amendements qui n'ont fait l'objet d'aucun débat en commission, alors même que depuis la réforme de 2008, la commission a un rôle législatif de premier plan. L'utilisation du 49.3 avant même l'examen du texte en séance publique a pour conséquence de priver les députés de tout débat de fond sur des amendements intégrés au texte.

L'article 31 vise à imposer que « l'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune ». Il ajoute que « la résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa ».

Dans la vie des affaires, de très nombreux contrats de distribution sont conclus à durée indéterminée. Ils n'ont donc pas d'échéance, sauf lorsqu'il y est mis fin par résiliation ordinaire avec un préavis ou pour faute avec effet immédiat.

Par ailleurs, un même fournisseur peut être amené à conclure de multiples contrats avec un magasin : dans de nombreux secteurs, il pourra par exemple conclure un contrat de distribution de produits contractuels neufs, un contrat de fourniture de pièces de rechange, un contrat de service après-vente, une convention de vente de produits d'occasion et une franchise de location. Très souvent, un fournisseur ne vend pas ses produits sous une seule marque mais distribue un portefeuille de marques allant de l'entrée de gamme aux produits de moyenne gamme ou du haut de gamme au sein d'un même point de vente, même si la représentation de chaque marque au sein du même magasin peut être séparée. S'il souhaite résilier un seul de ces contrats, il sera contraint de les résilier dans leur ensemble. Mais dans certains cas, il ne le pourra pas : une faute constatée à l'occasion d'un contrat ne l'autorise pas à résilier les autres.

Le fournisseur serait donc conduit, aux termes du texte, à renoncer à résilier pour faute ou à résilier des contrats auxquels il ne souhaitait pas nécessairement mettre fin. De même s'il entend réorganiser une marque ou une activité, par exemple le service après-vente, le fournisseur serait contraint de résilier l'ensemble des relations contractuelles.

La généralisation et l'automatisme de la résiliation prévue par cet article est en contradiction avec la nécessité d'individualisation de la relation contractuelle dans la vie pratique des affaires.

1. L'article 31 porte atteinte à la liberté contractuelle, qui constitue une liberté constitutionnelle fondamentale découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

En matière de droit des contrats, le Conseil constitutionnel n'a cessé de renforcer les garanties dont bénéficient les personnes physiques comme les entreprises en matière de liberté contractuelle, notamment en matière de formation du lien contractuel, comme en matière d'exécution de ce dernier : « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration »⁶.

⁶ Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, « Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi », cons. 4

En l'espèce, l'atteinte à l'économie des contrats légalement formés est très grave en raison de la prise en considération de cette « échéance commune » qui méconnaît le principe de l'individualisation de la relation contractuelle. Comme cela a été précisé précédemment, le fournisseur qui souhaiterait réorganiser une partie de son activité, devrait mettre un terme à tout un ensemble de relations contractuelles, alors même que ces dernières ne seraient pas remises en cause par une faute. On perçoit aisément l'atteinte à la liberté des conventions qui en résulte. Or, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, de telles entraves par le législateur ne peuvent être justifiées par la protection de l'ordre public ou un « intérêt général suffisant ».

Cette vigilance en matière de protection de la liberté contractuelle se retrouve en matière d'exécution des contrats. Au regard de cette jurisprudence relative à la liberté contractuelle, il apparaît que la nouvelle réglementation relative aux contrats de distribution ne représente pas un intérêt général susceptible de présenter un caractère « suffisant » :

- c'est ainsi qu'il ne serait plus possible de conclure des contrats à durée indéterminée alors que la plupart des contrats de distribution sont convenus sous cette forme. On imposerait aux entreprises de renoncer à la forme la plus souple des contrats de distribution résiliables à tout moment moyennant un préavis raisonnable, pour les contraindre à adopter des contrats rigides à durée déterminée ;
- alors que les entreprises ont besoin de liberté et de souplesse pour organiser leurs relations contractuelles, la nouvelle réglementation leur impose des échéances fixes et des résiliations automatiques et généralisées. Une telle rigidité est contraire au principe constitutionnel de la liberté contractuelle ;
- si réellement les contrats entre les enseignes de la grande distribution et leurs adhérents soulèvent des problèmes, pourquoi ne pas les traiter par une réglementation adaptée à leurs cas sans la généraliser à l'ensemble de l'économie française ? A défaut, pourquoi ne pas essayer de régler le problème par une application ciblée du droit des ententes en faisant valoir l'effet cumulatif d'accords verrouillant la sortie des distributeurs ? De telles mesures ciblées seraient plus efficaces et n'entraîneraient pas les multiples effets pervers de l'article 31. Cet article ne tend ainsi pas à la satisfaction d'un intérêt général suffisant, mais cherche plutôt à résoudre une difficulté particulière liée à la volonté de fluidifier les réseaux des enseignes de la grande distribution et de faciliter le passage des franchisés des grands distributeurs d'une enseigne à l'autre. Il existait bien d'autres moyens pour y parvenir, tant les inconvénients de la formule adoptée sont nombreux.

2. L'article 31 porte atteinte au principe de sécurité juridique.

Le principe de sécurité juridique, fondé sur la garantie des droits visée à l'article 16 de la Déclaration de 1789, a été très largement constitutionnalisé, tant en ce qu'il implique une certaine qualité de la loi (accessibilité, intelligibilité...) qu'une relative prévisibilité.

Le Conseil constitutionnel justifie sur ce fondement les limites apportées à la rétroactivité des lois, en dehors du domaine répressif. Il en est ainsi en ce qui concerne la protection des

situations résultant de contrats légalement conclus⁷. Ce sont également, et plus généralement, les situations légalement acquises qui sont ainsi protégées : le législateur « ne saurait sans motif d'intérêt général suffisant... remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ». C'est ainsi, depuis 2013, le principe de « confiance légitime » qui est implicitement constitutionnalisé.

En l'espèce, le fournisseur serait dans l'obligation de résilier une convention dont il souhaiterait néanmoins poursuivre l'exécution. En effet, le fournisseur serait conduit, aux termes du texte, à renoncer à résilier pour faute ou à résilier des contrats auxquels il ne souhaitait pas nécessairement mettre fin. De la même manière s'il entend réorganiser une activité, le fournisseur serait contraint de résilier l'ensemble des relations contractuelles. La généralisation et l'automatisme de la résiliation prévue par cet amendement est en contradiction avec la nécessité d'individualisation de la relation contractuelle dans la vie pratique des affaires.

3. L'article 31 porte atteinte à l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

La rédaction de l'article 31 est particulièrement peu claire et confuse. Ce dernier s'applique aux personnes mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 du Code de commerce mais ne précise pas s'il faut entendre par là les services eux-mêmes (la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne) ou tenir compte également des conditions de leur mise à disposition (en exigeant un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité). L'imposition d'une échéance laisse ouverte la question de savoir si les contrats à durée indéterminée sont toujours possibles. Enfin, l'emploi du terme de résiliation autorise-t-il un non-renouvellement de tous les autres contrats avec la même personne pour le même magasin ? Enfin, les sanctions d'une éventuelle non-conformité ne sont pas définies. Le texte pose autant de questions d'interprétation qu'il suscite de difficultés d'application.

A cet égard, le texte méconnaît l'objectif à valeur constitutionnelle « d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », objectif dégagé dans la décision du 16 décembre 1999, Codification par ordonnances et issu des articles 6 (principe d'égalité) et 16 (garantie des droits) de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Le Conseil constitutionnel en fait une application particulièrement appuyée à propos du recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution, mais pas seulement. Par cette création prétorienne, le Conseil entend sanctionner une insuffisance législative, dans la mesure où le législateur doit « adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques », afin « de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire ». Or, comme cela a été évoqué précédemment, le texte pose autant de questions d'interprétation qu'il suscite de difficultés d'application.

* *

Pour l'ensemble de ces motifs, l'article 31 du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques apparaît donc contraire à la Constitution.

⁷ Décisions n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010 et n° 98-401 DC du 10 juin 1998 «Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail »

L'article 39 modifie l'article L. 752-26 du code de commerce qui encadre les pouvoirs de l'Autorité de la Concurrence en matière d'injonction structurelle. Ainsi, actuellement, « en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail », l'Autorité de la concurrence peut imposer de modifier tous les accords et actes qui ont conduit à cette situation mais aussi une cession d'actifs.

L'article 39 renforce ce pouvoir d'injonction structurelle en prévoyant qu'il s'applique non plus en cas d'abus, mais « en cas d'existence d'une position dominante et de détention par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail d'une part de marché supérieure à 50 % » et dès lors que l'Autorité de la concurrence constate :
« 1° D'une part, que cette concentration excessive porte atteinte à une concurrence effective dans la zone considérée ;
« 2° D'autre part, que cette atteinte se traduit, dans la même zone, par des prix ou des marges élevés pratiqués par l'entreprise ou le groupe d'entreprise en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné. »

1. Le territoire métropolitain ne présente pas de caractéristiques particulières justifiant le renforcement de l'injonction structurelle

Comme le rappelle le rapport législatif de l'Assemblée nationale, l'article 39 « s'inspire largement » du dispositif mis en place par l'article 10 de la loi du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer⁸. Il convient néanmoins de préciser qu'aux termes de cette loi, l'article L 752-27 du code de commerce met en place une injonction spécifique pour l'outre-mer « eu égard aux contraintes particulières de ces territoires découlant notamment de leurs caractéristiques géographiques et économiques ». L'étude d'impact présentée avec le projet de loi s'attachait d'ailleurs à démontrer les différences structurelles entre les territoires ultramarins et la métropole pour justifier un projet de loi spécifique de régulation économique en outre-mer⁹. Ainsi l'article 5 du projet de loi (devenu article 10) avait vocation à « donner à l'Autorité de la concurrence un pouvoir d'injonction structurelle en matière de grande distribution, uniquement en outre-mer où les structures historiques des marchés rendent particulièrement difficile l'installation de nouveaux concurrents ».

La « loi du pays » du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie instaure, dans son article 16, un mécanisme d'injonction structurelle en cas de position dominante prononcée par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, similaire dans son principe à celle prévue par l'article 11 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Et d'ailleurs, si dans sa décision du 1^{er} octobre 2013 « Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie », le Conseil a validé la constitutionnalité de l'injonction structurelle mise en place sur le territoire néo-calédonien, c'est « compte tenu de la situation particulière de la concurrence dans certains secteurs économiques en Nouvelle-Calédonie »¹⁰. Dans la même

⁸ Rapport Assemblée nationale, n°2498, volume 1, p 287

⁹ Cf notamment le chapitre 1^{er} de l'étude d'impact (p 5 à 16)

¹⁰ Décision n° 2013-3 LP du 1er octobre 2013 « Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie », cons. 15

décision, le Conseil affirme d'ailleurs que la Nouvelle-Calédonie présente des « particularités économiques » et des « insuffisances de la concurrence sur de nombreux marchés ».¹¹

En conséquence, cette décision ne peut aucunement justifier la constitutionnalité du renforcement de l'injonction structurelle en métropole prévu par l'article 39. En effet, comme le relève justement le constitutionnaliste Didier MAUS, l'espace métropolitain n'est pas un « espace économique limité ». « Dans l'Hexagone il est parfaitement possible à des concurrents d'entrer sur le marché, voire de développer leur présence sans être entravés par des barrières géographiques et des distances qui rendent les investissements impossibles. Si dans une zone donnée les conditions du commerce de détail sont attractives, qu'il s'agisse de commerce traditionnel ou des moyennes et grandes surfaces, il est relativement aisé de créer de nouveaux points de vente et donc de vivifier la concurrence. Les conditions mêmes de l'espace métropolitain rendent donc sans objet les limitations à la liberté d'entreprendre envisagées par la loi Macron. »¹²

Enfin, les justifications données par l'étude d'impact pour renforcer le pouvoir d'injonction structurelle de l'Autorité de la concurrence sont discutables. Il y aurait nécessité de légiférer au regard de la situation du commerce alimentaire à Paris et d'un seul groupe en particulier. Or, d'une part l'étude d'impact ne tient absolument pas compte des autres formes de commerce, comme par exemple le commerce par Internet qui connaît un succès significatif notamment dans la capitale. D'autre part, et en tout état de cause, la situation du commerce à Paris ne saurait justifier une extension générale de l'injonction structurelle à l'ensemble du territoire.

2. L'article 39 devrait être déclaré inconstitutionnel en ce qu'il porte atteinte à la liberté d'entreprendre, garantie par l'article 4 de la DDHC.

Si le Conseil admet que le législateur peut porter atteinte à ces principes, ces limitations doivent être « liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». Or, eu égard aux considérations exposées précédemment, contrairement à des territoires insulaires et géographiquement isolés, le commerce en métropole ne souffre pas d'absence de diversité justifiant de porter atteinte aux principes garantis par la Constitution.

En outre, les injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence présentent un caractère disproportionné puisqu'elles interviendraient directement dans la vie de l'entreprise, dans sa stratégie économique voire son existence même. Ainsi l'Autorité de la concurrence pourra « enjoindre 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 permet les prix ou les marges élevés constatés. Elle peut, dans les mêmes conditions, lui enjoindre de procéder, dans un délai qui ne peut être inférieur à six mois, à la cession d'actifs, y compris de terrains, bâtis ou non, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective. »

En autorisant l'injonction de céder des actifs, l'article 39 de la loi relative à la croissance et à l'activité va au-delà d'une régulation préventive des concentrations économiques. L'obligation de céder des actifs emportera des conséquences sur la valeur des actifs concernés, et donc sur l'ensemble de la valorisation de l'entreprise. Et tout cela alors même que l'Autorité de la

¹¹ Cons. 4

¹² Tribune libre « Loi Macron, concurrence et respect de la Constitution », L'Opinion, 16 avril 2015

concurrence ne relève pas d'abus de position dominante mais constate seulement « des prix ou des marges élevés ». Autrement dit, la réussite d'une entreprise ou sa stratégie financière qui consiste simplement à pratiquer des prix élevés (le niveau de ces prix pouvant être justifié par exemple par une qualité de produit supérieure) ou bénéficier de marges élevées (le niveau de ces marges pouvant être justifié par exemple par l'objectif de faire des investissements de long terme) justifierait de porter atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété.

Bien que sans faire référence à la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel a déjà censuré des dispositifs législatifs conduisant des entreprises à procéder à des cessions d'actifs afin de se conformer à de nouveaux plafonds que le législateur entendait instituer¹³. Aux termes de cette décision, le législateur ne pouvait « s'agissant de situations existantes intéressant une liberté publique, les remettre en cause que dans deux hypothèses : celle où ces situations auraient été illégalement acquises ; celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi ». L'analogie est de grand intérêt puisque, mutatis mutandis, c'est ce à quoi conduirait le pouvoir d'injonction structurelle que l'article 39 établit. Le raisonnement est aisément transposable : l'article 39 créant l'injonction structurelle aura pour effet de placer des entreprises dont la situation n'est pas anti-concurrentielle, a fortiori si l'on songe qu'elles ont pu être autorisées de manière préalable au titre des concentrations, sous le coup de mesures restrictives de leur liberté d'action alors même qu'elles n'abusent aucunement de la position qui est la leur.

De même, le Conseil a récemment censuré des dispositions de la Loi visant à reconquérir l'économie réelle au motif que le juge (Tribunal de commerce) est conduit à « substituer son appréciation à celle du chef d'une entreprise, qui n'est pas en difficulté, pour des choix économiques relatifs à la conduite et au développement de cette entreprise » et que « l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime et la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi »¹⁴. En l'espèce, l'article 39 conduit l'Autorité de la concurrence à se substituer au chef d'entreprise et à intervenir dans les choix économiques de l'entreprise.

3. L'article 39 porte également atteinte au droit de propriété.

Aux termes de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». La disposition est suffisamment explicite pour que le Conseil constitutionnel en fasse strictement application dès lors qu'est en cause l'un des droits que, par ailleurs, le constituant présente comme « naturels et imprescriptibles de l'Homme »¹⁵.

En prévoyant que « l'Autorité de la concurrence peut (...) enjoindre de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder trois mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les prix ou les marges élevés

¹³ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, « Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse », cons. 46 à 50.

¹⁴ Décision n°2014-692 DC du 27 mars 2014, « Loi visant à reconquérir l'économie réelle », cons. 19 et 20

¹⁵ Art. 2, DDHC.

constatés [et] (...), dans les mêmes conditions, (...) enjoindre de procéder, dans un délai qui ne peut être inférieur à six mois, à la cession d'actifs, y compris de terrains, bâtis ou non, si cette cession constitue le seul moyen permettant de garantir une concurrence effective », l'article 39 lui est assurément contraire.

D'une part, la cession forcée d'actifs autant que la modification ou la résiliation forcée de conventions en cours, l'une et l'autre exigées dans un « délai déterminé » ne peuvent se réaliser que dans des conditions financières défavorables à l'opérateur qui, dans les deux hypothèses, perd par le fait même toute capacité de négocier. Dans le cas de la cession forcée d'actifs, nul n'est besoin de longuement gloser pour démontrer qu'elle emporte nécessairement un effet d'aubaine que l'acheteur serait prompt à exploiter pour bénéficier d'un achat à vil prix. Quant à la modification ou la résiliation forcée de conventions, elle conduit nécessairement l'opérateur à prendre en charge les conséquences financières en résultant pour ses cocontractants. Dans l'un et l'autre cas, il n'est pas abusif de considérer que le dispositif emporte dépossession, fût-elle partielle, et, par le fait même, violation du droit de propriété puisque, assurément, c'est la condition du juste prix qui serait ici en cause.

La violation se trouve encore aggravée par le caractère non suspensif du recours en annulation ou en réformation que l'opérateur peut engager dans le délai d'un mois, le législateur n'ayant ainsi pas institué les garanties procédurales permettant effectivement qu'il ne fût pas porté atteinte au droit de propriété.

D'autre part, le Conseil constitutionnel porte une attention particulière au respect des conditions que l'article 17 de la Déclaration impose en cas de privation du droit de propriété. L'atteinte au droit de propriété résultant de la vente forcée d'actifs devrait donc être justifiée par une nécessité publique, légalement constatée, qui l'exigerait évidemment. Sans nullement en préjuger in concreto, c'est le pouvoir d'appréciation de l'Autorité de la concurrence qui serait alors une fois encore en cause.

A titre de comparaison, examinant une disposition du code de l'urbanisme permettant aux communes d'imposer aux constructeurs la cession gratuite d'une partie de leur terrain, le Conseil a considéré que, en attribuant « à la collectivité publique le plus large pouvoir d'appréciation sur » son application, le législateur avait méconnu l'étendue de sa compétence et, par suite, porté atteinte à l'article 17 de la Déclaration¹⁶. Toute chose égale par ailleurs, le même raisonnement peut être appliqué à l'article 39 qui, en n'instituant pas « les garanties permettant qu'il ne soit pas porté atteinte à l'article 17 »¹⁷, met assurément en cause le droit de propriété par incompétence négative.

4. L'article 39 porte en outre atteinte au principe de légalité des délits et des peines et méconnaît l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

Alors que l'Autorité de la concurrence peut prononcer des sanctions, le principe de légalité des délits et des peines, garanti par l'article 8 de la DDHC, doit être respecté. Or, les critères qui fondent sa décision restent juridiquement flous, ce qui lui donne une marge d'appréciation significative.

¹⁶ Décision n° 2010-33 QPC du 22 sept. 2010, « Société Esso SAF [cession gratuite de terrain] », cons. 4.

¹⁷ Ibid

Ainsi, celle-ci pourra baser sa décision au regard de « moyennes habituellement constatées » dans la zone de chalandise. La loi ne donne aucune information sur les modalités de calcul de ces moyennes ni sur la manière dont une zone est considérée comme pertinente.

La comparaison des décisions de l'Autorité de la concurrence démontre que l'autorité administrative retient et utilise des critères différents pour qualifier une zone de chalandise, notion qui n'est pas juridiquement définie. Ainsi, par exemple, en juin 2011, dans une même décision, l'Autorité de la concurrence délimite le périmètre des zones de chalandises parfois à partir d'un temps de trajet de 20 minutes en voiture et parfois en utilisant le lieu de résidence des clients¹⁸. La subjectivité avec laquelle l'Autorité de la concurrence pourra apprécier la situation et donc, le cas échéant, prononcer des sanctions et des injonctions, porte atteinte au principe de légalité des délits et des peines.

L'atteinte au principe de légalité des délits et des peines est d'autant plus avérée que l'article 39 méconnaît l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, le Conseil constitutionnel ayant précisé « qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration (...) lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelle le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »¹⁹.

Or, les notions de « concentration excessive », de « zone considérée », de « secteur économique concernée » ou encore de « zone de chalandise concernée » ne sont pas précisément définies. Dans la mesure où ces notions conditionnent la mise en œuvre du pouvoir d'injonction dont l'article 39 dote l'Autorité de la concurrence, leur imprécision est assurément contraire à l'objectif d'intelligibilité.

5. L'article 39 porte enfin atteinte à la garantie de droits.

Le Conseil constitutionnel a progressivement développé sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 une jurisprudence relative à la garantie des droits qui le conduit à considérer que, s'« il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions », il ne saurait « sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations »²⁰.

A ce titre encore, et pour deux motifs, l'article 39 devrait être déclaré contraire à la Constitution.

¹⁸ Décision n° 11-DCC-87 du 10 juin 2011 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Media Concorde SNC par la société High Tech Multicanal Group

¹⁹ Décision n° 2006-540 DC du 27 juil. 2006, « Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », cons. 9.

²⁰ Décision n° 2013-682 DC du 19 déc. 2013, « Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2014 », cons. 13 et 14.

Ø D'une part, la garantie des droits est mise en cause dès lors que la situation des entreprises visées par une injonction structurelle est parfaitement légale.

En effet, et c'est la particularité en même temps que l'aberration du dispositif, l'article 39 vise à contraindre, au titre du droit de la concurrence, des opérateurs dont la situation n'est pas anti-concurrentielle. Dès lors, c'est bien une situation légalement acquise et les effets qui peuvent légitimement en être attendus qui se trouvent mis en cause sans qu'aucun motif d'intérêt général soit invoqué. Outre qu'il est peu probable que la « stimulation de la concurrence » pût être ainsi qualifiée, l'effet de l'injonction structurelle est assimilable à celui d'une sanction que l'Autorité de la concurrence infligerait au motif qu'elle estime possible que la situation se mue en infraction.

Pour le dire autrement, enjoindre une entreprise de prendre toute mesure de nature à faire mettre un terme à une situation qui s'analyserait en une préoccupation de concurrence de l'Autorité de la concurrence, jusques et y compris une cession d'actifs, reviendrait à retirer son véhicule à un automobiliste au motif que, roulant à 110 km/h sur une autoroute, on soupçonnerait qu'il pût ne pas respecter la limitation fixée à 130 km/h. Appliquée à la sphère de l'entreprise, sanctionner l'exercice légal de la liberté pour éviter le risque d'en abuser prend assurément des allures d'économie dirigée et c'est donc la garantie des droits qui se trouve violée.

Ø D'autre part, l'injonction « de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder trois mois, tous accords et tous actes pas lesquels s'est constituée la puissance économique » emporterait nécessairement une atteinte grave à l'économie de contrats légalement conclus.

Il s'agit là d'un autre aspect de la garantie des droits dont le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de dire que la contribution à la réalisation d'un objectif, fût-il de valeur constitutionnelle, ne suffisait à la justifier²¹.

Le moyen est sérieux puisque, au-delà même des effets de l'injonction sur l'opérateur qui en est destinataire, c'est l'ensemble de ses partenaires qui en subiront les conséquences. Seraient ainsi ensemble mises en cause la garantie des droits de l'entreprise visée par l'injonction et la garantie des droits d'autrui, la première se voyant reproché une situation acquise en toute légalité et les seconds d'avoir en toute bonne foi contracté avec une entreprise n'ayant commis aucune irrégularité.

L'article 39 encourt donc la censure sur le fondement de la violation de la garantie des droits.

**

Pour l'ensemble de ces motifs, l'injonction structurelle prévue par l'article 39 du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques apparaît donc contraire à la Constitution.

²¹ Décision n° 2000-436 DC du 7 déc. 2000, « Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains », cons. 50.

L'article 50 encadre les tarifs réglementés applicables aux prestations des commissaires-priseurs judiciaires, greffiers de tribunaux de commerce, huissiers de justice, administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et notaires. Sont également régis par cet article les droits et émoluments de l'avocat en matière de saisie immobilière, de partage, de licitation et de sûretés judiciaires mentionnés à l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

1. Les règles encadrant la détermination des tarifs réglementés ne répondent pas à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et, par là même, conduisent à une incompétence négative du législateur.

Les nouvelles règles relatives à la fixation et à la révision des tarifs réglementés des professions juridiques seront désormais inscrites dans la partie législative du code de commerce.

La loi se borne cependant à ne donner que quelques principes : les tarifs doivent prendre en compte « les coûts pertinents du service rendu et une rémunération raisonnable, définie sur la base de critères objectifs » ; ils peuvent faire l'objet d'une double péréquation ; ils peuvent faire l'objet de remises ; ils doivent être révisés au moins tous les cinq ans.

Il est ensuite renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de déterminer les tarifs (par arrêté conjoint des ministres de la justice et de l'économie) mais aussi de préciser les modes d'évaluation des « coûts pertinents » et de la « rémunération raisonnable » (par décret en Conseil d'Etat).

Les notions de « coûts pertinents » et de « rémunération raisonnable » restent floues et ni l'étude d'impact ni les débats parlementaires n'ont permis d'éclairer la représentation nationale sur ce qu'entend le Gouvernement par ces notions. Il est donc impossible de savoir ce que recouvriront ces notions qui seront pourtant le fondement du niveau des tarifs réglementés.

Or, selon une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel considère « qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »²².

Par l'imprécision et l'ambiguïté de la loi, le législateur a non seulement porté atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, mais a également fait preuve d'incompétence négative en renvoyant au pouvoir réglementaire la détermination de ce qui aurait dû être précisé par la loi. En effet, la violation par le législateur

²² Notamment décisions n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 « Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile », cons. 19 ; n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012 « Loi de finances pour 2012 », cons. 83

de sa propre compétence peut conduire à déclarer des dispositions inconstitutionnelles dès lors que le législateur n'a pas pleinement exercé sa compétence comme la Constitution lui en donne le droit.

2. La création d'une taxe pour financer l'accès au droit et à la justice est contraire à la Constitution.

L'article 50 prévoit que les tarifs des professions réglementées pourront faire l'objet d'une double péréquation :

- une péréquation des tarifs applicables à l'ensemble des prestations servies (alinéa 9)
- une péréquation nationale, entre professionnels, assurée par un fonds interprofessionnel de l'accès au droit et à la justice (alinéa 10)

Le fonds interprofessionnel ainsi créé a pour objet de favoriser la couverture de l'ensemble du territoire par les professions judiciaires et juridiques et l'accès du plus grand nombre au droit.

Inexistant dans le projet de loi initial, ce fonds a été introduit par un amendement des Rapporteurs en commission spéciale²³. La rédaction de l'objet du fonds a évolué entre la première et la nouvelle lecture puisqu'il devait, lors de son introduction dans le projet de loi, « financer notamment l'aide juridictionnelle et les maisons de justice et du droit ».²⁴

La nouvelle rédaction est plus englobante mais revient à la même idée. Ce sont en effet les maisons de justice et du droit qui assurent la couverture de l'ensemble du territoire par les professions judiciaires et juridiques et elles seront amenées à jouer un rôle plus important eu égard aux dispositions de l'article 52 concernant l'installation des professionnels. L'aide juridictionnelle fait quant à elle partie intégrante de l'accès du plus grand nombre au droit.

Il a fallu attendre l'examen du texte en nouvelle lecture en commission spéciale pour que le Gouvernement propose un dispositif permettant de financer ce fonds par introduction d'un « II bis (nouveau) » (devenu III, alinéas 39 à 43). Les députés ont vu apparaître, en pleine nuit, un sous-amendement du Gouvernement créant une « contribution à l'accès au droit et à la justice » à compter du 1er janvier 2016. Cette taxe, due par le professionnel, est assise sur la valeur d'un bien ou d'un droit supérieur à 300 000 euros, ce seuil pouvant néanmoins être révisé par un simple arrêté conjoint du ministre de la justice et du ministre chargé du budget. Le taux de la contribution est fixé par arrêté entre 0,05% et 0,2%.

La constitutionnalité de cette taxe pose question à plusieurs égards.

Sur la forme tout d'abord, l'introduction d'une taxe dans le projet de loi à ce stade de l'examen, en nouvelle lecture après la CMP, en fait un cavalier législatif. Une telle disposition aurait dû être discutée en première lecture, avant la CMP. De surcroît, l'article 47 de la Constitution dispose que « le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions

²³ Amendement SPE 1730

²⁴ Rappelons que le Sénat avait remplacé ce fonds interprofessionnel par un « fonds propre à chaque profession destiné à financer, d'une part, la compensation des prestations accomplies à perte par les professionnels concernés et, d'autre part, l'indemnisation éventuelle par le créateur d'un nouvel office des titulaires d'office auxquels cette installation a causé préjudice. »

prévues par une loi organique ». Il ressort de cette disposition que la création d'une taxe doit être examinée en loi de finances.

Sur le fond ensuite, cette taxe est incontestablement une « imposition de toute nature » au sens de l'article 34 de la Constitution qui impose à la loi de fixer « les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ». Or, le fait que le seuil de 300 000 euros, seuil à partir duquel la taxe est assise, puisse être révisé par simple arrêté conjoint des Ministres de la justice et du budget est contraire à l'article 34 de la Constitution.

D'autres considérations doivent par ailleurs être prises en compte :

- Ø Cette taxe est assise sur le montant d'un bien ou d'un droit pour lequel le professionnel n'intervient absolument pas, puisqu'il n'est pas partie à la transaction, au contrat ou à la prestation sur lesquels porte le seuil de 300 000 euros.
- Ø Cette taxe servira à financer des missions de service public qui relèvent de l'Etat et non des professionnels imposés :
 - La couverture de l'ensemble du territoire par les professions judiciaires et juridiques doit être assurée par l'Etat, d'autant plus que le Gouvernement a décidé de faire évoluer les modalités de cette couverture avec la réforme des conditions d'installation prévue par l'article 52.
 - L'accès du plus grand nombre au droit recouvre, de fait, l'aide juridictionnelle. Le financement de l'aide juridictionnelle est notoirement déficitaire. Le Gouvernement choisit donc de taxer des professionnels qui sont totalement étrangers à ce dispositif plutôt que d'assumer sa mission de service public.
- Ø Cette taxe va conduire à ce que certaines professions contribuent fortement au profit d'autres professions, moins nombreuses et au volume d'activité moindre. Comme le relève le Rapporteur au Sénat : « le choix du Gouvernement de retenir comme assiette non pas l'émolument perçu par le professionnel, mais la valeur du droit ou du bien qui fait l'objet de la prestation rémunérée par cet émolument peut poser un problème d'égalité devant les charges publiques. En effet, actuellement, le tarif proportionnel des notaires sur une vente immobilière est fixé à 0,825 % de la valeur du bien. Un taux de contribution compris entre 0,05 % et 0,2 % représentera donc entre 6,06 % et 24,24 % de l'émolument versé au notaire. Pour certaines opérations immobilières importantes, pour lesquelles le tarif proportionnel est affecté d'un coefficient d'un tiers, le taux de la contribution pourrait même représenter entre 18,18 % et 72,72 %. Compte tenu du fait que cet émolument ne constitue pas un bénéfice net pour l'intéressé, mais qu'il doit être diminué des frais d'exploitation, un tel prélèvement pourrait être jugé sinon confiscatoire, du moins constitutif d'une rupture d'égalité devant les charges publiques »²⁵.

Eu égard à ces considérations, la question du respect du principe de nécessité de l'impôt et de l'égalité devant les charges publiques se pose. En effet, si le Conseil constitutionnel admet l'utilisation de la fiscalité comme instrument de soutien pour des politiques économiques, sociales ou écologiques, il doit s'assurer que le législateur fonde l'utilisation de la mesure fiscale sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose et selon les caractéristiques de chaque impôt. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce. La loi ne définit pas clairement quelle est la finalité redistributive de cette contribution. Celle-ci ne correspond pas à une nécessité de solidarité financière entre des professions distinctes, au-delà de leur champ

²⁵ Rapport Sénat n° 541, p 66

juridique d'activité, et crée par conséquent des ruptures d'égalité. En conséquence les alinéas 39 à 43 doivent être déclarés inconstitutionnels.

Sur les dispositions des articles 51 et 58 relatives au secret professionnel des avocats

L'article 51 de la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques réforme les conditions d'exercice de la profession d'avocat fixées par la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

Les règles relatives aux honoraires, définies par l'article 10 de la loi de 1971, sont modifiées : désormais, pour toutes les prestations, sauf exceptions prévues par la loi, « l'avocat conclut par écrit avec son client une convention d'honoraires, qui précise, notamment, le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles, ainsi que les divers frais et débours envisagés ».

L'article 51 donne compétence aux agents de la DGCCRF pour rechercher et constater les manquements à cette disposition et, précise-t-il « dans le respect du secret professionnel mentionné à l'article 66-5 (de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971) »²⁶.

En parallèle, l'article 51 introduit un nouvel article 10-1 dans la loi du 31 décembre 1971 : « Lorsque, pour vérifier le respect du troisième alinéa de l'article 10 de la présente loi, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation fait usage des pouvoirs mentionnés au 1° du III bis de l'article L. 141-1 du code de la consommation, elle en informe le bâtonnier du barreau concerné par écrit, au moins trois jours avant ». Cette disposition est supposée répondre aux préoccupations exprimées lors des débats parlementaires concernant le respect du secret professionnel.

En effet, le respect du secret professionnel des avocats permet le respect des droits de la défense, eux-mêmes garantis par l'article 16 de la DDHC. Il ne peut donc être levé que dans l'intérêt du client et pour l'exercice des droits de la défense. C'est la raison pour laquelle les divulgations du secret professionnel sont pénalement sanctionnées.

De même, les perquisitions effectuées chez un avocat (cabinet ou domicile) sont strictement encadrées. L'article 56-1 du code de procédure pénale prévoit notamment qu'elles « ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des

²⁶ Article 66-5 : « En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel. / Ces dispositions ne font pas obstacle, à compter de la conclusion d'un contrat de fiducie, à l'application à l'avocat qui a la qualité de fiduciaire, de la réglementation spécifique à cette activité, sauf pour les correspondances, dépourvues de la mention " officielle ", adressées à cet avocat par un confrère non avisé qu'il agit en cette qualité. / Le présent article ne fait pas obstacle à l'obligation pour un avocat de communiquer les contrats mentionnés à l'article L. 222-7 du code du sport et le contrat par lequel il est mandaté pour représenter l'une des parties intéressées à la conclusion de l'un de ces contrats aux fédérations sportives délégataires et, le cas échéant, aux ligues professionnelles qu'elles ont constituées, dans les conditions prévues à l'article L. 222-18 du même code. »

infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité ». Le bâtonnier ou son délégué peut également s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet.

En contrôlant les conventions d'honoraires, les agents de la DGCCRF - qui, faut-il le rappeler, ne sont pas des magistrats - auront accès à des informations confidentielles garanties par le respect du secret professionnel, ne serait-ce que le nom du client et le montant des honoraires, ce qui peut donner une idée de l'importance du dossier traité.

Contrairement au strict encadrement des perquisitions prévu par le code de procédure pénale, la simple information préalable du bâtonnier ne suffit pas à garantir le respect du secret professionnel. Les alinéas 23 à 28 de l'article 51 doivent par conséquent être considérés comme inconstitutionnels en ce qu'ils portent atteinte à l'article 16 de la DDHC.

En cohérence, les dispositions identiques prévues par l'article 58 (alinéas 8, 11 et 12) concernant les avocats aux conseils doivent également être déclarées inconstitutionnelles.

Sur les dispositions de l'article 51 relatives à la postulation territoriale

L'article 51 réforme la postulation territoriale des avocats en l'élargissant à l'ensemble des tribunaux de grande instance du ressort de la Cour d'appel alors qu'elle est actuellement limité au ressort du TGI. Ces dispositions portent atteinte au principe d'égalité de tous dans l'accès à la justice et l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice

La Constitution garantit en effet un égal accès de tous les citoyens au droit, en vertu de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Ce principe nécessite un maillage territorial équilibré qui permet à chaque citoyen, quel que soit le territoire où il vit, de pouvoir solliciter, dans des conditions équivalentes, un professionnel du droit.

Par cette réforme, l'article 51 cause une atteinte disproportionnée à l'objectif qu'il s'efforce, en d'autres parties de la loi, d'atteindre néanmoins (c'est-à-dire assurer un accès plus facile à la justice et aux professionnels du droit) puisque les territoires les plus enclavés risquent de voir partir les avocats au bénéfice des villes plus importantes, plus attractives. Les délais d'intervention des avocats risquent en conséquence de se trouver rallongés. De nombreux citoyens se trouveront alors privés d'accès au droit, et notamment les plus fragiles d'entre eux qui bénéficient de l'aide juridictionnelle.

De surcroît, le dispositif prévu par la loi méconnaît l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice. Celui-ci a été défini, à partir des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2009-595 DC du 03 décembre 2009 « Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ». Non seulement, le Conseil constitutionnel a érigé l'exigence de bonne administration de la justice au sommet de la hiérarchie des normes, mais en outre sa jurisprudence témoigne qu'il en fait une application constante : ainsi, à titre d'exemple, dans la

décision n° 2010-62 QPC du 17 décembre 2010, « M. David M ». (Détention provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention), le Conseil juge : « Considérant qu'en regard au caractère contradictoire des débats prévus par les articles 145, 145-1, 145-2 et 199 du code de procédure pénale et à la fréquence des demandes de mise en liberté susceptibles d'être formées, l'article 148 du code de procédure pénale assure une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et les exigences qui résultent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

Les conséquences prévisibles de la réforme du régime juridique de la postulation entraîneront des dysfonctionnements non seulement dans l'organisation du système de défense mais également dans la représentation des plus petits barreaux de France. Pour ces motifs, les dispositions contestées de l'article 51 doivent être déclarées inconstitutionnelles.

Sur les articles 52, 53, 54 et 55 concernant la réforme des conditions d'installation des professionnels

L'article 52 pose les grands principes de la réforme des conditions d'installation des professions juridiques réglementées. Ces principes sont ensuite déclinés pour chaque profession visée : notaires (article 53), huissiers de justice (article 54), commissaires-priseurs judiciaires (article 55).

Aux termes des articles 52 et suivants, les professionnels seront nommés par le Ministère de la Justice dès lors qu'ils répondent à diverses conditions (aptitude, honorabilité, expérience, assurance) sur la base d'une cartographie établie conjointement par les Ministres de l'Économie et de la Justice, sur proposition de l'Autorité de la concurrence. Cette cartographie déterminera les zones où l'implantation d'office est libre, de manière progressive. La cartographie permettra ainsi de refuser la titularisation dans certains territoires pour lesquels l'implantation d'offices supplémentaires porterait atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants ou à compromettre la qualité du service rendu.

Selon une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel considère « que, s'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, c'est à la condition que l'exercice de ce pouvoir n'aboutisse pas à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ». En l'espèce, dans ses modalités, la réforme des conditions d'installation des professions juridiques réglementées entraîne une violation de principes constitutionnels à plusieurs égards.

1. La réforme des conditions d'installation porte atteinte à la garantie des droits et crée une rupture d'égalité entre les professionnels.

Dans son avis du 8 décembre 2014, le Conseil d'État se montre particulièrement critique sur les risques constitutionnels induits par la rédaction du projet de loi qui lui a été soumise. Cet avis pourrait être utilement reproduit ici, dans son intégralité, tant les critiques persistent à l'issue du processus législatif qui a conduit à adopter des articles pourtant remaniés.

Le Conseil d'État observe ainsi que « s'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions il méconnaîtrait la garantie des droits

proclamés par l'article 16 de Déclaration de 1789 si, sans motif d'intérêt général suffisant, il portait atteinte aux situations légalement acquises ou remettait en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations (n°2007-550 DC du 27 février 2007, cons. 4 et 10 ; n°2013-682 DC du 19 décembre 2013, cons. 4) ».

Si nous pouvons considérer, comme le Conseil d'Etat, qu'un motif d'intérêt général est poursuivi (susciter une offre plus dense, plus diversifiée et plus ouverte), ce motif d'intérêt général n'est pas suffisant pour justifier une atteinte à la garantie des droits.

Il convient de souligner que l'objectif visé pouvait être atteint par le dispositif actuel, le Garde des Sceaux ayant la faculté de créer de nouveaux offices dans les territoires qui en ont besoin, notamment en raison du développement urbain ou de l'exode rural. Ce n'est pas cette voie qu'a choisi le Gouvernement qui a préféré une réforme globale des conditions d'installation.

Or, cette réforme est telle qu'elle porte atteinte aux situations légalement acquises et remet en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations. Or, le droit de présentation des professionnels juridiques réglementés, qui est à la base du dispositif d'installation en vigueur, a fait l'objet d'une validation par le Conseil constitutionnel à l'occasion de l'examen de deux récentes questions prioritaires de constitutionnalité²⁷.

Dans un communiqué de presse du 21 novembre 2014, la Ministre de la Justice s'est « réjoui que le Conseil constitutionnel ait fait droit aux arguments du Gouvernement. Celui-ci soutenait que la profession de notaire, comme les autres professions réglementées du droit, n'était ni une dignité, place ou emploi public, ni un contrat de commande publique. Dans le même temps, le Conseil constitutionnel réaffirme solennellement que la profession de notaire participe à l'autorité publique, ce qui justifie le fait qu'elle soit soumise à une réglementation spécifique ». Elle a affirmé qu'« afin de garantir à la fois l'égal accès des candidats aux professions, l'égal accès au droit sur l'ensemble du territoire et l'égalité devant les charges publiques, il n'est pas pertinent de remettre en cause le droit de présentation ».

Le droit de présentation n'est certes pas expressément remis en cause dans la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. Les professionnels installés pourront continuer de présenter leur successeur à l'agrément du Garde des sceaux, Ministre de la justice, moyennant une contre-partie financière. Mais, dans les faits, ce maintien du droit de présentation ne peut s'appliquer que pour les offices existants. Dès lors que, dans certains territoires, l'installation sera libre, autrement dit qu'un professionnel pourra librement créer un office sans verser de contre-partie, le droit de présentation sera au minimum dévalorisé. S'instaurera alors un double système d'installation pour des professionnels qui exercent les mêmes missions, ce qui constitue une rupture d'égalité.

Bouleverser les conditions d'installation des professionnels, comme le prévoit la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques aura pour conséquence de réduire substantiellement la valeur patrimoniale des offices existants. Les modalités d'indemnisation qui sont inscrites dans la loi soulèvent elles-mêmes des préoccupations de constitutionnalité et ne permettent pas de réparer le préjudice subi.

²⁷ Décisions n°2014-429 QPC du 21 novembre 2014 (concernant les notaires) et n°2015-459 QPC du 26 mars 2015 (concernant les greffiers des tribunaux de commerce)

2. La réforme des conditions d'installation risque de causer un préjudice aux professionnels déjà installés. Or, les conditions d'indemnisation de ce préjudice ne respectent pas les principes constitutionnels requis.

L'article 52 (IV) dispose 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 ». Le juge de l'expropriation intervient en cas de désaccord sur le montant ou sur la répartition de l'indemnisation pour fixer le montant de l'indemnité dans les conditions définies au livre III du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Selon une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel rappelle que les conditions de cette indemnisation doivent répondre à l'exigence de l'article 13 de la DDHC. En effet, si cet article « 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 principe d'égalité devant les charges publiques impose de prévoir précisément les modalités d'indemnisation, dès lors que la loi crée une rupture caractérisée de l'égalité et cause un préjudice anormal et spécial ou excédant les aléas inhérents à l'activité affectée par la loi qui conduira à des actions en responsabilité menées par tous les membres d'une profession.

Dans son avis du 8 décembre 2014, le Conseil d'Etat critiquait le mécanisme d'indemnisation choisi par le Gouvernement qui faisait intervenir l'Autorité de la concurrence. Si la rédaction finale du dispositif confie le contentieux de l'indemnisation au juge de l'expropriation, comme le préconisait le Conseil d'Etat, l'indemnisation demeure néanmoins à la charge du professionnel nouvellement installé.

Or, le Conseil d'Etat remarquait justement qu'« en prévoyant que les professionnels nouvellement installés dédommageraient leurs confrères en place, le législateur se déchargerait sur eux d'une responsabilité qui lui incombe : la responsabilité du fait des lois. Ce transfert à des tiers de la réparation du préjudice anormal causé par le législateur pourrait être regardé par lui-même comme contraire au principe d'égalité devant les charges publiques, car la réparation d'un préjudice anormal causé aux professionnels en place imposera par définition une dépense anormale au professionnel nouvellement installé ».

La Constitution ne saurait donc autoriser l'Etat à se défaire sur les nouveaux entrants pour éviter l'engagement de sa propre responsabilité même sans faute. Le législateur était dans l'obligation constitutionnelle de prévoir les modalités de l'engagement de la responsabilité de l'Etat vis-à-vis, non pas de tel ou tel office, mais de l'ensemble de la profession. Il fallait, en conséquence, mettre en place un système ad hoc d'indemnisation du préjudice subi qui résulte de la loi et qui devrait prendre en compte la dépréciation de la valeur patrimoniale de l'office, à l'instar du dispositif mis en place pour l'indemnisation des avoués.

²⁸ Cf notamment décisions n° 2000-440 DC du 10 janvier 2001 « Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports » (concernant les courtiers interprètes et conducteurs de navires) et n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011 « Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel » (concernant les avoués)

Il convient également de souligner que les modalités du dispositif retenu, en s'inscrivant dans un temps long, pèsent d'autant plus sur cette « dépense anormale au professionnel nouvellement installé » et diluent le préjudice subi au détriment des professionnels existants. En effet, la demande d'indemnisation « doit être introduite dans un délai de six ans après la création du nouvel office. Le juge peut prévoir un étalement dans le temps du versement de l'indemnité par le titulaire du nouvel office, dans la limite de dix ans. Si le titulaire du nouvel office cesse d'exercer ses fonctions avant l'expiration de ce délai, les indemnités sont dues par son successeur. »

Certes le Conseil a jugé que la suppression d'un privilège professionnel ne constitue pas une privation de propriété au sens de de l'article 17 de la DDHC de 1789²⁹, mais le Gouvernement a choisi d'inscrire le mécanisme d'indemnisation sous le même régime que les expropriations pour cause d'utilité publique (compétence du juge de l'expropriation, référence au livre III du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique). Dès lors, la « juste et préalable indemnité », requise en matière d'expropriation par l'article 17 de la DDHC, devrait être garantie ici. Or, d'une part, l'indemnisation sera incomplète : elle portera sur la valeur patrimoniale de l'office antérieurement créé mais ne retiendra ni la valeur du cautionnement initial, ni celle du droit de présentation³⁰, ni celle du droit d'exercer une activité soumise à monopole. D'autre part, elle pourrait n'intervenir que plusieurs années après le fait générateur du préjudice subi (la création d'un nouvel office). Elle n'est donc ni juste, ni préalable.

3. La libéralisation des conditions d'installation risque d'entraîner des déserts juridiques et par conséquent de priver bon nombre de citoyens de l'accès au droit, ce qui constitue une rupture d'égalité.

La Constitution garantit un égal accès de tous les citoyens au droit, en vertu de l'article 16 de la DDHC.

Les conditions actuelles d'installation des professions juridiques règlementées garantissent un maillage territorial équilibré qui permet à chaque citoyen, quel que soit le territoire où il vit, de pouvoir solliciter un professionnel du droit.

La réforme des conditions d'installation permet aux professionnels concernés de s'installer librement dans certaines zones, autrement dit de choisir délibérément de s'installer dans des territoires attractifs, bien desservis et économiquement plus rentables. Au contraire, certains territoires, plus enclavés, risquent de devenir des déserts juridiques, des « zones blanches », à l'instar de ce que l'on constate malheureusement en matière de numérique ou de santé. Cette éventualité est d'ailleurs clairement identifiée par l'article 52 qui prévoit :

« Si, dans un délai de six mois à compter de la publication de la carte mentionnée au I, le ministre de la justice constate un nombre insuffisant de demandes de créations d'office au regard des besoins identifiés, il procède, dans des conditions prévues par décret, à un appel à manifestation d'intérêt en vue d'une nomination dans un office vacant ou à créer ou de la création d'un bureau annexe par un officier titulaire.

²⁹ Décisions précitées n°2000-440 DC et n°2010-624 DC

³⁰ Bien que n'étant pas une propriété privée au sens de l'article 17 de la DDHC, le droit de présentation a une valeur patrimoniale. Cf décision n°2000-440 précitée.

Si l'appel à manifestation d'intérêt est infructueux, le ministre de la justice confie la fourniture des services d'intérêt général en cause, selon le cas, à la chambre départementale des notaires, à la chambre départementale des huissiers de justice ou à la chambre des commissaires-priseurs judiciaires concernée. Le ministre de la justice précise, en fonction de l'insuffisance identifiée, le contenu et les modalités des services rendus. À cet effet, une permanence est mise en place dans une maison de justice et du droit. La chambre concernée répartit, entre les officiers publics ou ministériels de son ressort, les charges et sujétions résultant du présent II. »

Les habitants de territoires moins attractifs devront donc se contenter d'une permanence installée dans les maisons de justice et du droit et assurée, le cas échéant, par la chambre départementale des notaires, des huissiers de justice ou des commissaires-priseurs judiciaires ! Cette situation ne sera d'ailleurs que renforcée par les dispositions des articles 51 et 54 qui modifient le ressort de la compétence territoriale des avocats et des huissiers.

4. En donnant un pouvoir prépondérant à l'Autorité de la concurrence, la réforme des conditions d'installation porte atteinte à l'article 21.

La réforme des conditions d'installation donne un rôle central à l'Autorité de la concurrence. L'article 52 modifie d'ailleurs le code de commerce afin de détailler ses nouvelles missions dans un article spécifique³¹.

L'Autorité de la concurrence a ainsi la responsabilité d'élaborer la carte qui identifie les secteurs dans lesquels la création de nouveaux offices apparaît utile et de faire des recommandations sur le rythme d'installation compatible avec une augmentation progressive du nombre de professionnels dans la zone concernée. Les observations des associations de consommateurs, des instances ordinales ou de tout professionnel concerné lui seront directement adressées.

Le pouvoir de nomination du Ministre de la justice s'effectue dans les zones identifiées par l'Autorité de la concurrence. Dans les zones où l'implantation d'offices supplémentaires 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, mais uniquement après avis de l'Autorité de la concurrence.

L'intervention de l'Autorité de la concurrence dans la nouvelle procédure en matière d'installation est si significative qu'elle pose question au regard de l'article 21 de la Constitution, en ce qu'elle conduit au dessaisissement du pouvoir réglementaire de sa capacité de décision dans l'organisation des professions juridiques réglementées. Cette délégation de pouvoir est constitutive d'une délégation abusive de compétence à une autorité administrative dont les avis et propositions s'imposeront au Ministre de la justice, compte tenu du mécanisme mis en place.

Or, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « si 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 des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant

³¹ Article L. 462-4-1

par leur champ d'application que par leur contenu »³². Dans sa décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, « Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 », le Conseil constitutionnel précise d'ailleurs que ces dispositions « ne l'autorisent cependant pas à subordonner à l'avis conforme d'une telle autorité l'exercice, par le Premier ministre, de son pouvoir réglementaire ».

**

Pour l'ensemble de ces motifs, la réforme des conditions d'installations des professionnels mise en place par les articles 52, 53, 54 et 55 du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques apparaît contraire à la Constitution.

Sur les articles 53, 54, 55 et 56 concernant la limite d'âge pour les professionnels

Les articles 53, 54, 55 et 56 contiennent des dispositions visant à limiter dans le temps l'exercice, respectivement, des notaires, des huissiers de justice, des commissaires-priseurs judiciaires et des greffiers de tribunaux de commerce.

Chacun de ces articles dispose en effet que les professionnels concernés « cessent leurs fonctions lorsqu'ils atteignent l'âge de soixante-dix ans. Sur autorisation du ministre de la justice, ils peuvent continuer d'exercer leurs fonctions jusqu'au jour où leur successeur prête serment, pour une durée qui ne peut excéder douze mois ».

Le Conseil constitutionnel a considéré qu'une loi ne portait pas atteinte à la Constitution si, pour les fonctionnaires, elle fixe des « règles qui lui apparaissent les plus appropriées pour chaque corps, notamment celles qui concernent les limites d'âge »³³.

Or, selon la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel concernant les notaires et les greffiers des tribunaux de commerce, les professions juridiques réglementées « exercent une profession réglementée dans un cadre libéral »³⁴. Dans ces décisions, le Conseil précise même que « s'ils participent à l'exercice du service public de la justice et ont la qualité d'officier public et ministériel nommé par le garde des sceaux, (ils) n'occupent pas des « dignités, places et emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ».

Comme toute profession libérale, les professions juridiques visées aux articles 53, 54, 55 et 56 ne devraient donc pas faire l'objet de restrictions d'exercice eu égard à leur âge. De telles restrictions sont en effet contraires à la liberté d'entreprendre garantie par l'article 4 de la DDHC.

Selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre se conçoit « non seulement comme la liberté d'accéder à une profession ou à une activité

³² Cf notamment Décisions n° 91-304 DC du 15 janvier 1992, cons. 12 (concernant les missions du CSA) et n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, cons. 6 (concernant les missions de l'Autorité de régulation des télécommunications)

³³ Décision n° 84-179 DC du 12 septembre 1984, « Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public », cons. 8

³⁴ Décisions précitées n° 2014-429 QPC du 21 novembre 2014, cons. 7 (pour les notaires) et n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015, cons. 9 (pour les greffiers)

économique mais également comme la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité ».

Des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général peuvent être imposées par le législateur à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi.

En l'espèce, le motif d'intérêt général mis en avant lors des débats parlementaires consiste à favoriser un large mouvement de renouvellement des professionnels concernés. Or, les modalités pour atteindre cet objectif apparaissent comme trop strictes et disproportionnées. En effet, le professionnel sera obligé de quitter ou de céder son office soit lorsqu'il atteint l'âge de 70 ans, soit au maximum dans les douze mois qui suivent (et à condition d'avoir obtenu une autorisation du Ministre de la Justice).

D'une part, de tels délais pourraient conduire des territoires à subir un déficit de professionnels si aucun successeur ne se présente. D'autre part, ces délais restreignent pour le professionnel sa liberté de choisir son successeur au moment qu'il juge le plus approprié, notamment eu égard à sa situation patrimoniale et à la valeur de son office. Ce délai maximal de douze mois a d'ailleurs été supprimé au Sénat pour ces raisons lors de l'examen du texte.

Par là-même, l'atteinte portée ainsi à la liberté d'entreprendre entraîne une rupture d'égalité entre les professionnels dès lors que ceux ayant atteint la limite d'âge perdent, contrairement aux autres, la capacité de déterminer librement le moment opportun de céder leur office, de recourir à leur droit de présentation.

**

Pour ces motifs, la limitation de l'âge d'exercice de la profession prévue aux articles 53, 54, 55 et 56 du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques apparaît donc contraire à la Constitution.

Sur l'article 57

L'article 57 vise à libérer l'installation des avocats aux conseils, dans le même esprit que la réforme prévue à l'article 52 mais en l'adaptant aux spécificités de la profession, notamment du fait que la totalité des offices est située à Paris.

- Ø L'article 57 donne un rôle fondamental à une autorité administrative indépendante, ce qui porte atteinte à l'article 21 de la Constitution.

Les députés requérants souhaitent ici procéder à la même analyse que pour l'article 52, en se fondant sur les mêmes décisions du Conseil constitutionnel selon lesquelles les dispositions de l'article 21 de la Constitution « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en oeuvre une loi dès lors que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ; qu'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 réglementaire »³⁵.

Aux termes de l'article 57, les pouvoirs de nomination du Ministre de la justice sont significativement limités puisqu'ils s'exercent « dans la limite des besoins identifiés par l'Autorité de la concurrence ». Le Ministre de la justice ne dispose pas de marge d'appréciation : il « nomme » obligatoirement un candidat qui répond aux exigences requises, dans l'office créé.

L'Autorité de la concurrence, quant à elle, doit faire « toutes recommandations en vue d'améliorer l'accès aux offices d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation dans la perspective d'augmenter de façon progressive le nombre de ces offices ». « Elle identifie le nombre de créations d'offices d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui apparaissent nécessaires pour assurer une offre de services satisfaisante au regard de critères définis par décret et prenant notamment en compte les exigences de bonne administration de la justice ainsi que l'évolution du contentieux devant ces deux juridictions ». Elle dispose en conséquence d'un pouvoir d'appréciation important, alors même que ses missions traditionnelles sont étrangères au secteur de la justice et de l'accès au droit.

- Ø L'article 57 ne prévoit aucun mécanisme d'indemnisation, ce qui porte atteinte aux articles 16 et 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui visent respectivement la garantie des droits et l'égalité devant les charges publiques.

Les considérations évoquées précédemment à l'article 52 concernant le respect de la garantie des droits peuvent être reprises pour l'article 57. Ceci étant, alors qu'un mécanisme d'indemnisation est mis en place pour les notaires, les huissiers de justice et les commissaires-priseurs judiciaires, l'article 57, qui s'inscrit pourtant dans le même esprit de réforme d'une profession, n'en prévoit aucun.

Selon une jurisprudence constante, le législateur ne peut entériner une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques, ni porter atteinte aux situations légalement acquises. S'il supprime un privilège professionnel significatif, il doit ainsi prévoir un mécanisme d'indemnisation³⁶.

Cette absence d'indemnisation ne saurait être palliée par l'invitation faite à l'Autorité de la concurrence de prévoir une augmentation « progressive » du nombre de charges, « de manière à ne pas bouleverser les conditions d'activité des offices existants ». Cette précaution est inefficace et inopérante. Elle est inefficace, déjà, en ce que l'augmentation, fût-elle progressive, du nombre d'offices, sans corrélation avec une augmentation du contentieux, bouleversera inévitablement les conditions d'activité des titulaires actuels. Elle est inopérante, surtout, en ce que cette augmentation programmée anéantit, d'emblée, la valeur du droit de présentation que les professionnels avaient acquis, ce droit étant désormais sans aucune valeur.

³⁵ Décision n°2006-544 DC du 14 décembre 2006, « Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 », cons. 37

³⁶ Cf décisions précitées n°2000-440 DC du 10 janvier 2001 (courtiers interprètes et conducteurs de navires) et n° 2010-624 du 20 janvier 2011 (avoués)

- Ø L'article 57 porte atteinte à la Constitution en créant une rupture d'égalité entre les avocats aux conseils.

Tout comme l'article 52, la réforme des conditions d'installation aboutit à créer deux catégories d'avocats aux Conseils : les avocats titularisés dans un office existant, qui doivent inclure le droit de présentation dans leurs coûts, et les avocats titularisés dans un nouvel office, pour lesquels aucun droit de présentation ne pèsera sur les coûts, et qui bénéficieront donc d'un avantage concurrentiel évident.

Cette rupture d'égalité sera accentuée par les possibilités offertes à l'article 21 (création de sociétés interprofessionnelles) puisque tout avocat aux Conseils nommé dans une charge nouvellement créée pourra s'abstraire des aléas de la constitution d'une clientèle propre en s'associant par exemple à un grand cabinet d'avocats au barreau pour bénéficier immédiatement d'un apport de clientèle.

**

Pour ces motifs, l'article 57 du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques apparaît donc contraire à la Constitution.

Sur l'article 60

L'article 60 dispose que le greffier de chaque tribunal de commerce, chargé de la tenue et de la gestion du RCS, devra transmettre à l'INPI, par voie électronique et sans frais, d'une part « un document valant original des inscriptions effectuées au greffe et des actes et pièces qui y sont déposés » et d'autre part « les résultats des retraitements des informations contenues dans les inscriptions, actes et pièces mentionnés au deuxième alinéa, dans un format informatique ouvert de nature à favoriser leur interopérabilité et leur réutilisation (...) et à assurer leur compatibilité avec le registre national dont l'Institut national de la propriété intellectuelle assure la centralisation (...) ».

- Ø Une atteinte à la garantie des droits qui n'est pas justifiée par des critères objectifs et rationnels

L'objectif de l'article 60 est de constituer un registre national du commerce et des sociétés (RNCS) dématérialisé, sous forme d'une base de données opérationnelle qui n'existe pas en tant que telle aujourd'hui, afin de diffuser et de mettre gratuitement à disposition du public les données du RNCS afin de permettre leur réutilisation, en « open data ».

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « s'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, il méconnaîtrait la garantie des droits proclamés par l'article 16 de Déclaration de 1789 si, sans motif d'intérêt général suffisant, il portait atteinte aux situations légalement acquises ou remettait en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ».

En l'espèce, l'article 60 modifie significativement la mission des greffiers des tribunaux de commerce en absence de justification par des critères objectifs et rationnels. Le Rapporteur du

Sénat s'est ainsi, à juste titre, interrogé sur la pertinence des dispositions de l'article 60 pour parvenir au but recherché :

« Or, en confiant à l'INPI la mission de mettre à disposition du public les données du RNCS, gratuitement dans une logique d'« open data », en utilisant les informations qui devraient être transmises électroniquement et sans frais par les greffiers, l'article 19 du projet de loi exigerait de construire au sein de l'INPI une architecture informatique qui n'existe plus depuis 2009, pour créer un RNCS dématérialisé, structure comparable dans ses finalités à celle dont dispose le GIE Infogreffe aujourd'hui. Ceci représenterait un coût important pour l'INPI, comme l'a souligné l'Autorité de la concurrence. Une telle décision conduirait en fait à reconstituer le « doublon » que l'accord de 2009 entre l'INPI et le GIE Infogreffe visait précisément à supprimer, puisque le GIE devrait en tout état de cause continuer à diffuser l'information légale du RCS par voie électronique, pour le compte des greffiers des tribunaux de commerce.

Votre rapporteur s'interroge sérieusement sur la rationalité d'une telle décision, du point de vue bien sûr du bon emploi des deniers publics, mais aussi du point de vue du coût pesant sur les entreprises. En effet, si les entreprises doivent payer les émoluments des greffiers pour leurs formalités au RCS, elles doivent également payer la taxe affectée à l'INPI sur ces mêmes formalités, laquelle ouvre aussi droit à des émoluments spécifiques pour les greffiers au titre des diligences de transmission accomplies. Aussi résulterait-il une économie de la suppression de la mission résiduelle de centralisation du RNCS par l'INPI, comme l'a d'ailleurs relevé l'Autorité de la concurrence, dans son avis du 9 janvier 2015 précité. »³⁷

Eu égard à ce qui précède, il apparaît que l'article 60 n'est pas justifié par des critères objectifs et rationnels, conformément aux exigences constitutionnelles.

Ø Une atteinte à la garantie des droits qui ne bénéficie d'aucune indemnisation, ce qui crée une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « 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 »³⁸.

Pour qu'il n'y ait pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques, le législateur doit prévoir un mécanisme d'indemnisation. Or, en l'espèce, l'article 60 ne prévoit aucun mécanisme d'indemnisation pour les greffiers des tribunaux de commerce alors même que, d'une part, ceux-ci se voient attribuer de nouvelles missions qu'ils doivent exercer « sans frais » et que, d'autre part, ils se retrouveront privés d'une de leurs principales sources de revenus avec l'instauration d'un régime de diffusion gratuit des informations contenues dans le registre du commerce et des sociétés.

* *

Pour ces motifs, l'article 60 du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques apparaît donc contraire à la Constitution.

³⁷ Rapport Sénat n° 370, Tome I, p 209

³⁸ Cf décisions précitées n°2000-440 DC du 10 janvier 2001 (courtiers interprètes et conducteurs de navires) et n° 2010-624 du 20 janvier 2011 (avoués)

Sur l'article 61

L'alinéa 14 de l'article 61 habilite le Gouvernement à prendre par ordonnance « toute mesure relevant du domaine de la loi pour améliorer, par la voie du concours, en fixant les conditions financières de cette mesure, le recrutement des greffiers de tribunaux de commerce ».

Dans la décision n° 2015-459 QPC du 26 mars 2015 précitée, le Conseil constitutionnel a reconnu que « les greffiers des tribunaux de commerce exercent une profession réglementée dans un cadre libéral » et qu'ils « n'occupent pas des « dignités, places et emplois publics » au sens de l'article 6 de la Déclaration de 1789 ; que, par suite, le grief tiré de ce que le droit reconnu aux greffiers des tribunaux de commerce de présenter leurs successeurs à l'agrément du garde des sceaux méconnaîtrait le principe d'égal accès aux dignités, places et emplois publics est inopérant »³⁹.

La réforme des modalités d'accès à la profession porte atteinte à la liberté d'entreprendre puisque le concours est incompatible avec l'affectio societatis et qu'il porte atteinte au libre choix de l'associé parmi les titulaires d'un diplôme.

Dans son avis du 8 décembre 2014, le Conseil d'Etat observait d'ailleurs qu'« imposer au cédant de l'office de conclure avec le lauréat du concours, sans liberté de choix de son successeur affecterait de manière significative le droit de présentation dans ses dimensions morale et patrimoniale et réduirait sensiblement la marge de négociation sur le prix de cession. A défaut de dispositions de la loi d'habilitation sur les conditions financières de la mesure envisagée, le dispositif méconnaîtrait le principe d'égalité devant les charges publiques et porterait atteinte à une situation légalement acquise ».

Pour ces motifs, l'alinéa 14 de l'article 61 du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques apparaît donc contraire à la Constitution.

Sur l'article 64

L'article 64 habilite le Gouvernement à prendre des ordonnances pour permettre la désignation d'huissiers de justice et de commissaires-priseurs judiciaires pour exercer les missions de liquidateur dans certaines procédures.

Cet article soulève des questions de constitutionnalité au regard de l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de la garantie des droits, qui découlent des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Il convient de rappeler que l'alinéa 12 de l'article 61 de la loi vise à créer une profession de commissaire de justice regroupant les professions d'huissier de justice et de commissaire-priseur judiciaire. Les mandataires judiciaires qui étaient initialement inclus dans cette nouvelle profession en ont été exclus lors des débats parlementaires. Il s'agissait notamment de tenir compte de la spécificité de l'intervention de cette profession au regard des conflits d'intérêt qu'un tel regroupement de mission pourrait poser.

C'est donc l'avis du Conseil d'Etat du 8 décembre 2014 qui a été suivi :

³⁹ Cons. 9 et 10

« Le Conseil d'Etat n'a pu souscrire à l'inclusion de la profession de mandataire judiciaire dans la nouvelle profession de l'exécution à laquelle serait confiée la mission de tirer les conséquences de la défaillance d'un débiteur et, en conséquence, de mettre en oeuvre les mesures d'exécution forcée à son encontre.

Les mandataires judiciaires, qui n'interviennent que sur mandat de justice et n'ont pas de clientèle, procèdent, non à des mesures d'exécution forcée, mais à la mise en oeuvre, dans le cadre des procédures collectives, des actes nécessaires au déroulement de la procédure à charge d'en rendre compte à la juridiction.

En outre, les trois professions concernées présentent des différences statutaires sensibles en droit interne (les huissiers de justice et les commissaires-priseurs judiciaires ont la qualité d'officier public et ministériel que ne possèdent pas les mandataires judiciaires) comme dans le droit de l'Union (les officiers publics et ministériels sont exceptés de la liberté d'établissement par l'article 51 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du champ d'application de la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur).

Enfin, l'intégration des mandataires judiciaires dans la profession multifonctionnelle de commissaire de justice, méconnaîtrait les exigences d'indépendance des intéressés qui s'imposent tout particulièrement à eux dans l'exercice de leur mandat. La suppression, opérée en 1985, de la profession de syndic et la répartition de ses missions entre deux professions distinctes avaient précisément pour but de prévenir tout conflit d'intérêts en établissant une incompatibilité de la profession de mandataire judiciaire avec toute autre profession. »

Il est donc contestable que l'article 64, inséré par amendement en cours de débat, revienne de fait à la version initiale du projet de loi, mais dans un article différent. Les atteintes à la Constitution n'ont pas disparu pour autant. Le risque de conflit d'intérêt demeure pleinement. Les principes d'indépendance et d'impartialité, qui incombent au bon fonctionnement de la justice et qui s'imposent vis-à-vis du dirigeant défaillant et des créanciers, sont donc ici remis en cause. Pour ces motifs, l'article 64 doit être déclaré inconstitutionnel.

Sur le développement de l'interprofessionalité par la combinaison des articles 63, 65 et 67

La loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques contient des dispositions pour développer l'interprofessionalité. Ainsi les articles 63, 65 et 67 ont respectivement vocation à :

- permettre aux professions judiciaires et juridiques réglementées (huissiers, notaires, commissaires-priseurs judiciaires, avocats, avocats aux conseils, administrateurs et mandataires judiciaires) d'exercer sous quelque forme juridique que ce soit, sans que celle-ci ne leur confère la qualité de commerçant
- habiliter le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures nécessaires à la création de sociétés d'exercice libéral multiprofessionnel
- assouplir les règles actuelles de détention du capital dans la société d'exercice libéral et celui des sociétés de participations financières de profession libérale⁴⁰

⁴⁰ Il résulte notamment de cet article que, s'agissant de la détention de la SEL par des personnes physiques ou des sociétés d'exercice, il est prévu, d'une part, que des personnes exerçant la même profession peuvent détenir directement ou indirectement plus de la moitié du capital et des droits de vote, et d'autre part, qu'une

La réforme envisagée par la loi soulève des questions au regard, d'une part, de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi et, d'autre part, du principe d'indépendance de la justice.

- ∅ La réforme de l'interprofessionnalité envisagée par la loi ne respecte pas l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi.

Afin d'appréhender la teneur exacte de la réforme, il est nécessaire d'avoir une lecture combinée de trois articles différents, 63, 65 et 67. Et quand bien même, cette lecture combinée aboutirait à comprendre les tenants et les aboutissants de la loi, il faudrait attendre la publication, puis la ratification, de l'ordonnance prévue à l'article 65 pour connaître l'ensemble des modalités de la réforme.

Il est manifeste que cet éclatement des dispositions relatives à l'interprofessionnalité ne contribue pas à la qualité de la loi et ne respecte pas l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi.

- ∅ La réforme de l'interprofessionnalité envisagée par la loi ne respecte pas le principe d'indépendance de la justice et l'objectif à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice.

L'article 64 de la Constitution garantit l'indépendance de la justice et, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « la bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »⁴¹.

L'indépendance intellectuelle et économique des professionnels concernés est une garantie essentielle au bon accomplissement des missions de service public qui leur ont été confiées. Il est alors indispensable qu'ils soient aussi indépendants à l'égard des autres professionnels du droit que de tout autre « investisseur » susceptible d'être intéressé, afin d'éviter tout conflit d'intérêt. Or, il est à craindre que l'officier ministériel ne puisse tout à la fois accomplir une mission d'intérêt général au service du juge et de la justice, dont il concourt à la bonne administration, et être sous l'emprise d'actionnaires qui poursuivent la satisfaction de leur propre intérêt.

Afin de mieux cerner les difficultés pratiques que pourraient entraîner ces conflits d'intérêt, il convient de prendre quelques exemples hypothétiques mais concrets.

Ainsi, le juge consulaire doit pouvoir trouver en la personne de l'administrateur judiciaire un auxiliaire indépendant, neutre et objectif sur lequel il peut s'appuyer pour trouver les solutions les plus conformes aux impératifs que poursuit le droit des procédures collectives. Pense-t-on qu'un administrateur judiciaire, appelé à éclairer le tribunal sur le choix d'une solution de redressement, de cession ou de liquidation de l'entreprise en difficultés, pourra résister aux

personne physique ou morale, de nationalité française ou étrangère, pourra détenir plus de la moitié du capital et des droits de vote dès lors qu'elle exerce quelque profession juridique ou judiciaire.

⁴¹ Cf notamment décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009, « Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution », cons. 4

pressions qui pourraient s'exercer de la part du candidat repreneur, client du cabinet d'avocat qui aura pris des parts dans le capital de la structure sous laquelle il exerce son ministère ?

De même, l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation doit pouvoir dire en toute indépendance au client qu'il n'y a pas lieu de former un pourvoi voué à l'échec. Sera-t-il en situation de le faire avec la fermeté requise, au risque de se placer en porte-à-faux avec ses associés qui avaient soutenu le dossier devant le juge d'appel ?

La possibilité, ouverte par la loi, d'entrée d'un actionnariat privé, national ou international, au sein des entités exerçant une activité d'officiers ministériels, délégués d'une mission de service public, en raison des évidents conflits d'intérêts que ces nouvelles modalités de contrôle risquent de générer, est incompatible avec les principes d'indépendance, d'exclusivité d'exercice, de transparence et d'objectivité qui sont au cœur des missions de service public que ces professions ont en charge. Elle portera nécessairement atteinte à la qualité du service attendu de ces auxiliaires de justice, et, par là même, au principe d'indépendance de la justice et à l'objectif de bonne administration de la justice.

**

Pour ces motifs, les articles 63, 65 et 67 du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques apparaissent donc contraires à la Constitution.

Sur l'article 216

L'article 216, issu d'un amendement du Gouvernement en commission spéciale en première lecture, modifie l'article L. 450-3 du code de commerce afin de « conférer aux agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence la faculté de se faire communiquer les données conservées et traitées par les opérateurs de communications électroniques et par les personnes offrant un accès à des services de communication au public ou de stockage en ligne. Sont en particulier visés les relevés téléphoniques détaillés, comprenant la liste des appels passés et reçus, également appelés « fadettes »⁴².

Cet article porte atteinte au respect de la vie privée garantie par l'article 2 de la DDHC selon lequel « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression ».

Dans sa décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, « Loi pour la sécurité intérieure », le Conseil considère « qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figurent la liberté d'aller et venir et le respect de la vie privée, protégés par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que la liberté individuelle, que l'article 66 de la Constitution place sous la surveillance de l'autorité judiciaire ».⁴³

⁴² Rapport législatif Assemblée nationale n° 2498, volume 2, p. 4546

⁴³ Considérant 8

En l'espèce, le contrôle de proportionnalité effectué par le Conseil constitutionnel devrait conduire à déclarer les alinéas 4 et 5 de l'article 216 inconstitutionnels.

Le renforcement des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence a été justifié par le fait que « ces pouvoirs sont aujourd'hui reconnus à l'Autorité des marchés financiers, comme prévu à l'article L. 621-10 du code monétaire et financier, et à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, ainsi qu'en dispose l'article L. 331-21 du code de la propriété intellectuelle, ainsi qu'aux administrations fiscale et douanière, en application des articles L. 83 et L. 96 G du livre des procédures fiscales et de l'article 65 du code des douanes ». ⁴⁴

Or, il convient de rappeler que les agents des finances publiques et des douanes sont tenus au respect de la règle générale et absolue du secret professionnel édictée par le code pénal à l'égard des personnes auxquelles des renseignements confidentiels sont confiés à l'occasion de l'exercice de leur profession. S'agissant de la Hadopi, seuls certains de ses agents, dûment et spécifiquement assermentés par le Président de l'Autorité, y sont autorisés. Quant à l'AMF, elle ne dispose pas, en réalité, de ce pouvoir, l'article L 621-10 du Code monétaire et financier permettant, ce qui est différent, à ses enquêteurs et contrôleurs de faire usage d'une fausse identité pour recueillir des preuves sur Internet lorsque les personnes visées par une instruction fournissent leurs services sur Internet.

Le pouvoir des agents de l'Autorité de la concurrence apparaît comme exorbitant puisque d'une part, ils pourront se faire communiquer des fadettes au cours d'une simple enquête, et non pas en cas d'infraction particulièrement grave, et d'autre part, ils n'encourent aucune sanction particulière en cas de divulgation de ces informations.

Enfin – et surtout -, l'absence de toute intervention du juge pour autoriser la saisie des relevés téléphoniques détaillés porte incontestablement une atteinte à la garantie des droits telle que proclamée par l'article 16 de la DDHC et l'article 66 de la Constitution.

Pour ces motifs, les alinéas 4 et 5 de l'article 216 du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques apparaissent donc contraires à la Constitution.

Sur l'article 266

L'article 266 a initialement été introduit à l'initiative du Sénat en première lecture et avait pour objectif de limiter à douze mois de salaire le montant des indemnités pouvant être mises à la charge de l'employeur par le conseil de prud'hommes en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse.

En nouvelle lecture à l'Assemblée nationale, le Gouvernement a déposé un amendement en commission spéciale afin de réécrire cet article. Désormais celui-ci met en place, à l'article L. 1235-3 du code du travail, un système de plafonnement des indemnités prud'homales en fonction, d'une part, de l'ancienneté du salarié dans l'entreprise (moins de 2 ans, de 2 à 10 ans, 10 ans et plus) et, d'autre part, de la taille de l'entreprise (moins de 20 salariés, entre 20 et 299 salariés, à partir de 300 salariés).

⁴⁴ Idem

Comme plusieurs députés l'ont souligné lors des débats en commission spéciale, cet article crée une rupture d'égalité entre les salariés, ce qui est contraire à la Constitution et à la DDHC.

Selon une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel estime que le principe d'égalité permet certes de traiter différemment des personnes qui sont dans des situations différentes mais que ces ruptures d'égalité doivent s'apprécier au regard de l'objectif d'intérêt général. Plus précisément, « pour assurer le respect du principe d'égalité, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ».

En l'espèce, l'objectif du plafonnement des indemnités prud'homales est d'offrir une meilleure prévisibilité aux entreprises et d'harmoniser les décisions prud'homales. Cet objectif peut être considéré comme un motif d'intérêt général.

Néanmoins, la prise en compte de la taille de l'entreprise ne devrait pas être considérée comme un critère objectif et rationnel qui justifierait une rupture d'égalité. En effet, contrairement à la prise en compte de l'ancienneté, ce critère ne dépend absolument pas du salarié mais de la situation économique de l'entreprise. La différence de traitement entre les salariés n'est donc pas la conséquence d'une différence de situation personnelle mais d'une différence de situation de l'entreprise pour laquelle ils travaillent, indépendamment de toute intervention des salariés.

Le dédommagement des salariés sera par conséquent impacté par des seuils qui ne seront en rien liés au dommage subi. Or, quelle que soit la taille de l'entreprise, le préjudice est le même pour le salarié. En outre, soulignons que les PME-TPE risquent de perdre en attractivité à l'égard des salariés.

L'article 266 en retenant l'effectif de l'entreprise comme fondement à la barémisation des indemnités prud'homales porte atteinte au principe d'égalité et doit donc être déclaré inconstitutionnel.

Souhaitant que ces questions soient tranchées en droit, les députés auteurs de la présente saisine demandent donc au Conseil Constitutionnel de se prononcer sur ces points et tous ceux qu'il estimera pertinents eu égard à la compétence et la fonction que lui confère la Constitution.