

L'abrogation différée d'une disposition législative par le Conseil constitutionnel : que faire en cas de retard du législateur ?

Florent TAP

Doctorant contractuel à l'Université Toulouse 1 Capitole

Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé (Centre de Droit Comparé)

Dans le cadre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le Conseil constitutionnel peut reporter la date d'entrée en vigueur de l'abrogation de la disposition législative censurée, afin de laisser au législateur le temps de corriger l'inconstitutionnalité constatée. Une telle technique contentieuse est apparue comme étant globalement efficace en vue d'obtenir une action rapide du législateur, ce dernier intervenant quasi-systématiquement dans le délai fixé par le Conseil constitutionnel. A deux reprises cependant, la loi nouvelle est entrée en vigueur plusieurs mois après la date d'abrogation fixée, ce qui soulève un certain nombre de difficultés s'agissant des conséquences à tirer de cette intervention tardive.

Le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution habilite en effet le Conseil constitutionnel à moduler dans le temps les effets des décisions de censure qu'il prononce en QPC. Le caractère nécessairement indéterminé de la formulation de l'article 62 a pu être source de nombreuses incertitudes dans les premiers temps de la QPC quant à la question de cette modulation. Les diverses justifications du Conseil constitutionnel, figurant dans sa motivation ou dans des communiqués annexes¹, permettent d'en dresser aujourd'hui une typologie relativement précise². Six effets au total peuvent être systématisés : effet rétroactif dans des limites temporelles fixées par le Conseil constitutionnel³ ; « applicabilité immédiate procédurale⁴ » limitée à l'instance juridictionnelle ayant donné lieu à la QPC ; « applicabilité immédiate contentieuse⁵ » étendue à l'ensemble des instances en cours au moment de la décision du Conseil ; applicabilité immédiate générale concernant l'ensemble des situations en cours, contestées ou non devant un juge ;

¹ Voir le document publié sur le site internet du Conseil constitutionnel, dans la rubrique « A la une » de septembre 2014, intitulé « Les effets dans le temps des décisions QPC ».

² Sur le sujet, voir notamment : P. PUIG, « Le Conseil constitutionnel et la modulation des effets dans le temps des décisions QPC », *RTDCiv.*, 2010, p. 517 ; X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *RFDA* 2011, p. 761 ; « La modulation des effets dans le temps des décisions du juge constitutionnel », *AJJC*, 2011, pp. 558-591 ; S. BRIMO, « Les conséquences de la modulation dans le temps des effets des décisions QPC », *RDP*, 2011, n°5, p. 1189 ; X. MAGNON (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, 2^{ème} édition, Paris, LexisNexis, 2013, pp. 283-330 ; M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC. Le Conseil constitutionnel "maître du temps" ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *RFDC*, 2013/3, n°40, p. 63-82 ; O. LECUQ, « La modulation dans le temps des effets des décisions des juges constitutionnels. Perspectives comparatives France-Espagne-Italie », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 287-310 ; M. FATIN-ROUGE STEFANINI ET K. ROUDIER, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité : étude portant sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé, op. cit.*, pp. 311-403.

³ Voir notamment : Cons. const., déc. n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie Agricole de la Crau [Imposition due par une société agricole]*, considérant n°9 ; Cons. const., déc. n° 2013-360, 9 janvier 2014, *Mme Jalia K. [Perte de la nationalité française par acquisition d'une nationalité étrangère – Egalité entre les sexes]*, considérant n°12.

⁴ X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel... », *loc. cit.*, p. 763.

⁵ *Ibid.*

abrogation « simple », ne touchant que les situations nées après la décision de censure du Conseil constitutionnel ; abrogation différée à une date ultérieure fixée par le Conseil constitutionnel dans sa décision.

Cette étude s'intéresse spécialement à la technique de l'abrogation différée. Il est en effet des situations dans lesquelles l'abrogation simple ou l'applicabilité immédiate de la censure entraîneraient des « *conséquences manifestement excessives*⁶ » ou ne permettraient pas, en elles-mêmes, de rétablir une situation conforme aux exigences constitutionnelles méconnues par la disposition censurée⁷. Ne disposant pas d'un « *pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement* », le Conseil constitutionnel ne peut que reporter les effets de l'abrogation à une date ultérieure, afin de laisser au législateur le temps d'adopter un nouveau dispositif tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité. La justification principale de ce report réside ainsi dans « *l'incertitude liée à la portée normative de la censure*⁸. »

Après avoir décidé du report de l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle, le Conseil doit encore déterminer les conséquences que les organes d'application devront tirer de cette censure durant la période provisoire qui s'étend de la date de publication de sa décision jusqu'à l'intervention du législateur ou au plus tard jusqu'à la date de l'abrogation fixée. Le Conseil retient ici deux solutions très différentes. La première consiste à enjoindre aux juridictions ordinaires de surseoir à statuer dans les instances juridictionnelles en cours ou à venir et « *dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles.* » Cette injonction adressée au juge ordinaire peut par ailleurs se coupler avec celle faite au législateur de « *prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision*⁹ » afin d'assurer l'effet utile de la décision de censure prononcée, qui doit pouvoir bénéficier à l'auteur de la QPC ainsi qu'à toutes les instances en cours à la date de la décision. La deuxième solution se situe dans une logique opposée aux préoccupations d'effet utile, le Conseil décidant que les mesures prises en application de la disposition déclarée inconstitutionnelle « *ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité*¹⁰. » Pour le dire autrement, le Conseil procède dans ce cas à une « validation des contentieux ». Un tel choix est justifié par « *les conséquences manifestement excessives*¹¹ »

⁶ Voir par exemple : Cons. const., déc. n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2011, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, considérant n°30 ; Cons. const., déc. n° 2012-235 QPC, 20 avril 2012, *Association Cercle de réflexion et de proposition d'action sur la psychiatrie, [Dispositions relatives aux soins psychiatriques sans consentement]*, considérant n°31 ; Cons. const., déc. n° 2014-387 QPC, 4 avril 2014, *M. Jacques J., [Visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail]*, considérant n°9 ; décision n°2015-499 QPC, 20 novembre 2015, *M. Hassan B., [Absence de nullité de la procédure en cas de méconnaissance de l'obligation d'enregistrement sonore des débats de cours d'assises]*, considérant n°6.

⁷ C'était le cas de figure de la première décision QPC rendue : Cons. const., déc. n° 2010-1 QPC, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, 28 mai 2010, considérant n° 12.

⁸ X. MAGNON (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, 2^{ème} édition, Paris, LexisNexis, 2013, p. 294.

⁹ Cons. const., déc. n° 2010-1 QPC, *préc.*, considérant n° 12 ; Cons. const., déc. n° 2010-83, *préc.*, considérant n° 7.

¹⁰ V. par exemple : Cons. const., déc. n° 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gilbert A., [Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièces à l'occasion d'une perquisition]*, considérant n° 20 ; Cons. const., déc. n° 2014-395 QPC, 7 mai 2014, *Fédération environnement durable et autres, [Schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie – Schéma régional éolien]*, considérant n° 16 ; Cons. const., déc. n° 2013-357 QPC, 29 novembre 2013, *Société Wegate Charters Ltd, [Visite des navires par les agents des douanes]*, considérant n° 10 ; Cons. const., déc. n°2010-14/22, 30 juillet 2010, *M. Daniel W. et autres, [Garde à vue]*, considérant n° 30.

¹¹ V. par exemple : Cons. const., déc. n° 2015-506 QPC, *préc.*, considérant n° 20 ; Cons. const., déc. n° 2015-499 QPC, 20 novembre 2015, *M. Hassan B., [Absence de nullité de la procédure en cas de méconnaissance de l'obligation d'enregistrement sonore des débats de cours d'assises]*, considérant n° 6 ; Cons. const., déc. n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, *M. Maurice L., [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]*, considérants n° 25 et 27.

et « l'atteinte à l'ordre public¹² » que pourrait entraîner la remise en cause des mesures prises sur le fondement de la disposition déclarée inconstitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs développé, depuis 2014, une troisième technique contentieuse dans le cadre du report d'abrogation, en ayant recours à des réserves d'interprétation transitoires¹³. Il s'agit d'un genre particulier de réserves d'interprétation, de nature nécessairement provisoire, puisque couvrant seulement la période qui s'étend de la décision du Conseil constitutionnel jusqu'à l'abrogation de la disposition censurée. Par cette technique, le juge constitutionnel entend « neutraliser les effets inconstitutionnels de la disposition en cause jusqu'à son remplacement par une loi nouvelle¹⁴ » en évitant de porter atteinte aux intérêts des requérants par le recours à la technique de la validation des contentieux en cours¹⁵.

De manière générale, la problématique de l'abrogation différée cristallise les rapports qu'entretiennent le législateur positif et le législateur négatif. Cette terminologie renvoie aux écrits de H. KELSEN faisant de la juridiction constitutionnelle un « législateur négatif », dans la mesure où « annuler une loi, c'est poser une norme générale ; car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection.¹⁶ » Cette activité de législation est toutefois négative puisqu'il ne s'agit pas de participer positivement à la détermination du contenu d'une loi mais seulement d'annuler (ou abroger) une loi en vigueur non-conforme aux dispositions constitutionnelles, H. KELSEN évoquant ainsi « la distinction entre la confection et la simple annulation des lois.¹⁷ » Bien que le Conseil constitutionnel ne puisse se substituer au législateur positif pour remédier à l'inconstitutionnalité constatée en adoptant une loi nouvelle conforme, l'abrogation différée se présente cependant comme une injonction implicite d'agir adressée au législateur. Ce dernier se trouve dans une logique de « réflexe répondant¹⁸ », puisque agissant « à titre curatif, pour remédier aux effets de la décision¹⁹ » du Conseil constitutionnel. En prévoyant qu'à une date donnée la disposition législative inconstitutionnelle disparaîtra de l'ordonnement juridique, le Conseil constitutionnel fixe le calendrier du législateur²⁰ et se situe nécessairement dans une logique d'*ultimatum*. Il apparaît à cet égard que le report d'abrogation à une date déterminée est certainement la technique contentieuse

¹² V. par exemple : Cons. const., déc. n° 2013-357 QPC, *préc.*, considérant n° 5 ; Cons. const., déc. n° 2010-14/22, 30 juillet 2010, *préc.*, considérant n° 24.

¹³ Voir sur ce point : M. CHARITE, « Réserves d'interprétation transitoires dans la jurisprudence QPC », *AJDA*, 2015, n°29, p. 1622-1625.

¹⁴ *Ibid.*, p. 1624.

¹⁵ Six décisions QPC contiennent de telles réserves : déc. n° 2014-400 QPC 6 juin 2014, *Société Orange SA [Frais engagés pour la constitution de garanties de recouvrement des impôts contestés]*, cons. 10 et 11 ; déc. n° 2014-404 QPC, 20 juin 2014, *Eoux M.*, [*Régime fiscal applicable aux sommes ou valeurs reçues par l'actionnaire ou l'associé personne physique dont les titres sont rachetés par la société émettrice*], cons. 13 et 14 ; déc. n° 2014-420/421 QPC, 9 octobre 2014, *M. Maurice L. et autre [Prolongation exceptionnelle de la garde à vue pour des faits d'escroquerie en bande organisée]*, cons. 26 et 27 ; déc. n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, *M. John L.*, [*Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié*], cons. 35 et 36 ; déc. n° 2014-457 QPC, 20 mars 2015, *Mme Valérie C., épouse D. [Composition du conseil national de l'ordre des pharmaciens statuant en matière disciplinaire]*, cons. 8, 9 et 10 ; déc. n° 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, *M. Gilbert A.*, [*Respect du secret professionnel et des droits de la défense lors d'une saisie de pièce à l'occasion d'une perquisition*], cons. 18 et 19.

¹⁶ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 224.

¹⁷ *Ibid.*, p. 226.

¹⁸ A. VIDAL-NAQUET, « Le réflexe constitutionnel du législateur et la QPC », in. MAGNON X., BIOY X., MASTOR W., MOUTON S. (dir.), *Le réflexe constitutionnel. Question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 124.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Sur ce sujet : J. BENETTI, « Les incidences de la question prioritaire de constitutionnalité sur le travail législatif. D'une logique de prévention à une logique de correction des inconstitutionnalités », *Constitutions*, 2011, n°1, p. 42 et s.

la plus efficace pour éviter l'inertie du législateur mais aussi pour garantir l'effet utile de la décision du Conseil dans l'hypothèse exceptionnelle où le législateur n'interviendrait pas dans le délai fixé. Les premières années de la QPC ont été marquées par une coopération totale du législateur, ce dernier intervenant systématiquement dans le délai fixé. Dans deux affaires cependant, la loi nouvelle visant à remédier à l'inconstitutionnalité constatée par le Conseil constitutionnel est entrée en vigueur après la date d'abrogation fixée. Aussi arrive-t-on finalement, dans une telle hypothèse, à une indétermination quant aux conséquences à tirer de la censure, indétermination que le Conseil constitutionnel avait précisément souhaité éviter en reportant l'abrogation afin de laisser le temps au législateur d'intervenir.

Dans la première affaire²¹, le Conseil constitutionnel a été saisi par la Cour de cassation d'une QPC tendant à contester la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du deuxième alinéa de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime. Cet article concerne la prohibition de la pratique dite du « pas-de-porte » en matière de baux ruraux, par laquelle le nouveau preneur verse une certaine somme d'argent à l'ancien preneur au moment de la cession d'une exploitation agricole. Cette disposition, corollaire du principe d'incessibilité des baux ruraux, impose, outre la sanction de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende prévue au premier alinéa, la répétition des sommes indûment perçues par le preneur sortant. Le deuxième alinéa prévoyait que ces sommes devaient être majorées à un taux « *égal au taux pratiqué par la Caisse régionale de crédit agricole pour les prêts à moyen terme.* » C'est précisément cette dernière phrase du deuxième alinéa de l'article L. 411-74 qui sera censurée par le Conseil constitutionnel dans la décision *Epoux L.* du 27 septembre 2013²². Le fait que le législateur n'ait pas lui-même déterminé les modalités de calcul de ce taux de majoration ou habilité le pouvoir réglementaire à le faire, est constitutif pour le Conseil constitutionnel d'une incompétence négative affectant par elle-même le droit de propriété du créancier et du débiteur. Il déclare donc la phrase « *et égal au taux pratiqué par la Caisse régionale de crédit agricole pour les prêts à moyen terme* » contraire à la Constitution et reporte au 1^{er} janvier 2014 la date de son abrogation. Invoquant la nécessité de « *préserver l'effet utile de la présente décision* », il enjoint d'une part aux juges ordinaires de surseoir à statuer « *jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au 1^{er} janvier 2014* » dans les instances dont dépend l'application de la disposition censurée et d'autre part « *au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision.* »²³ La loi nouvelle corrigeant l'inconstitutionnalité a été adoptée le 13 octobre 2014²⁴ et est entrée en vigueur deux jours plus tard, soit plus de neuf mois après l'abrogation de l'ancien dispositif. Il est désormais prévu que le taux de majoration des sommes sujettes à répétition soit « *égal au taux de l'intérêt légal mentionné à l'article L. 313-2 du code monétaire et financier majoré de trois points.* » Le paragraphe II de l'article 9 de la loi du 13 octobre 2014 prévoit que cette nouvelle modalité de calcul est applicable « *aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la présente loi* », alors que le

²¹ P. DEUMIER, « Les décisions QPC, le retard du législateur, les instances en cours et l'office de la Cour de cassation », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n°13, 30 mars 2015, p. 361.

²² Cons. const., déc. n° 2013-343 QPC, 27 septembre 2013, *Epoux L.* [*Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole*].

²³ Le Conseil a eu recours trois fois à cette injonction : Cons. const., déc. n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts L.*, [*Cristallisation des pensions*], considérant n°12 ; Cons. const., déc. n° 2010-83 QPC, 13 janvier 2011, *M. Claude G.*, [*Rente viagère d'invalidité*], considérant n°7 ; Cons. const., déc. n° 2013-343 QPC, 27 septembre 2013, *Epoux L.* [*Détermination du taux d'intérêt majorant les sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole*], considérant n°9.

²⁴ Article 9 de la loi n°2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt.

Conseil constitutionnel avait indiqué dans sa décision que le législateur devait rendre le nouveau régime applicable « à la date de la présente décision. »

La deuxième affaire concerne le régime juridique du portage salarial²⁵. Le premier paragraphe de l'article 8 de la loi du 25 juin 2008²⁶, inséré à l'article L.1251-64 du code du travail, définit le portage salarial comme « *un ensemble de relations contractuelles organisées entre une entreprise de portage, une personne portée et des entreprises clientes comportant pour la personne portée le régime du salariat et la rémunération de sa prestation chez le client par l'entreprise de portage. Il garantit les droits de la personne portée sur son apport de clientèle.* » Le troisième paragraphe du même article prévoyait, par exception aux dispositions générales du code du travail, qu'un « *accord national interprofessionnel étendu p[ouvait] confier à une branche dont l'activité [était] considérée comme la plus proche du portage salarial la mission d'organiser, après consultation des organisations représentant des entreprises de portage salarial et par accord de branche étendu, le portage salarial.* » Un accord national professionnel a donc été conclu à cette fin le 24 juin 2010, lui-même étendu par un arrêté du ministre du travail du 24 mai 2013. Des organisations syndicales ont contesté cet arrêté ministériel en excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat et ont, dans le même temps, soulevé une QPC contestant la constitutionnalité du paragraphe III de l'article 8 de la loi du 25 juin 2008. Le Conseil d'Etat reconnaît le caractère sérieux de la question posée et la renvoie au Conseil constitutionnel. Dans la décision *CGT, FO et autres* du 11 avril 2014²⁷, le Conseil a estimé qu'en confiant à un accord de branche interprofessionnel le soin de fixer les modalités d'organisation du portage salarial, le législateur a « *méconnu l'étendue de sa compétence* », cette incompétence négative affectant par elle-même la liberté d'entreprendre découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et les droits collectifs des travailleurs fixés dans le préambule de la Constitution de 1946. Il déclare donc la disposition contraire à la Constitution et reporte au 1^{er} janvier 2015 la date de son abrogation, afin de laisser le temps au législateur de fixer plus précisément le régime du portage salarial, en ajoutant « *que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, avant cette même date, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.*²⁸ » Par une loi du 20 décembre 2014²⁹ le législateur a habilité le Gouvernement à fixer par ordonnance le nouveau régime du portage salarial dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, ce qu'il fit le 2 avril 2015³⁰, soit plus de quatre mois après l'abrogation de la disposition censurée par le Conseil constitutionnel relative au régime du portage salarial.

Le retard du législateur suite à une abrogation différée prononcée par le Conseil constitutionnel permet de mettre en évidence, d'une part, trois périodes successives et, d'autre part, trois acteurs ayant chacun un rôle bien précis à jouer. Trois périodes tout d'abord : la

²⁵ B. KANTOROWICZ, *Le portage salarial*, Paris, LexisNexis, 2013 ; Voir plus précisément : I. ODOUL-ASOREY, « Portage salarial : un rappel à la réserve de la loi en droit du travail », *Constitutions*, 2014, p. 368 ; C. DECHRISTE, « Une ordonnance pour sécuriser le portage salarial », *Dalloz actualité*, 13 avril 2015 ; B. SCHMALTZ, « La négociation collective à l'épreuve des compétences des autorités normatives de l'Etat », *AJDA*, 2015, p. 2047 ; L. CARRIE, « Le portage salarial définitivement sécurisé », *La Semaine Juridique Sociale*, n°21, 26 mai 2015, p. 1176 ; B. MALLET-BRICOUT, « Le portage salarial, un mélange des genres contractuels », *RTD civ.*, 2015, p. 712.

²⁶ Loi n°2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

²⁷ Cons. const., déc. n° 2014-388 QPC, 11 avril 2014, *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière et autres [Portage salarial]*

²⁸ Considérant n° 10. Il faut relever ici que l'occurrence quelque peu redondante « avant cette même date » est inédite dans la motivation du Conseil constitutionnel.

²⁹ Article 4 de la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises

³⁰ Ordonnance n°2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial, *JORF* n°0079 du 3 avril 2015, p. 6182.

première s'étend de la décision de censure du Conseil constitutionnel différant les effets de l'abrogation jusqu'à la date d'abrogation elle-même ; la deuxième s'étend de la date d'abrogation jusqu'à l'intervention tardive du législateur ; la troisième débute au moment de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Trois acteurs ensuite : le Conseil constitutionnel qui censure la disposition inconstitutionnelle, prévoit son abrogation à une date ultérieure et fixe le régime provisoire applicable jusqu'à cette date ; le juge ordinaire qui doit tirer les conséquences de l'abrogation et composer avec diverses « *éclipses dans l'application de la norme*³¹ » ; le législateur qui doit adopter une loi nouvelle conforme à la Constitution et déterminer, s'il l'estime opportun ou au regard d'une éventuelle injonction en ce sens du Conseil constitutionnel, les modalités d'application dans le temps de la loi nouvelle. A ces considérations techniques s'ajoutent les préoccupations d'un quatrième acteur qui n'a pour ainsi dire qu'un rôle passif dans le déroulé de ces événements : le justiciable. L'indétermination quant aux conséquences à tirer de l'abrogation peut en effet aboutir à des réceptions variables de la décision de censure du Conseil constitutionnel et, ainsi, à des traitements relativement inégaux en fonction des instances considérées, ce qui peut se révéler fâcheux dans un Etat de droit, tant au niveau du principe d'égalité des citoyens devant la loi que de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel.

A partir des deux affaires présentées, il conviendra d'analyser les conséquences à tirer de l'intervention tardive du législateur suite au report d'abrogation. Le Conseil constitutionnel a pleinement rempli sa fonction en se prononçant sur la constitutionnalité des dispositions législatives concernées et en reportant l'abrogation. Il ne pouvait anticiper le retard du législateur et, ayant exercé son office, n'a plus de rôle à jouer dans le déroulé des événements. Il faut alors se tourner vers les deux autres acteurs : le juge de droit commun et le législateur. Le rôle du juge de droit commun est de tirer les conséquences de l'entrée en vigueur de l'abrogation à défaut de loi nouvelle dans les procès au fond. Au regard de l'effet de principe des décisions rendues en QPC, il apparaît que la censure est applicable immédiatement aux instances en cours au jour de l'abrogation, ce qui n'est pas sans soulever certaines difficultés lorsque celle-ci intervient après une période durant laquelle s'appliquait le régime transitoire fixé par le Conseil constitutionnel (§ 1). Ce retard aboutit à une indétermination quant à la norme applicable aux instances concernées et peut entraîner des traitements inégaux entre justiciables. De ce point de vue, le rôle du législateur serait alors, dans la mesure du possible, de corriger rétrospectivement les conséquences dommageables de son retard par le jeu de dispositions transitoires insérées dans la loi nouvelle (§ 2).

³¹ P. DEUMIER, « Les décisions QPC, le retard du législateur, les instances en cours et l'office de la Cour de cassation », *loc. cit.*

§ 1 – Le rôle du juge de droit commun : l'application immédiate de la censure aux instances en cours à la date d'abrogation

Dans son considérant de principe relatif aux effets des déclarations d'inconstitutionnalité en QPC³², le Conseil constitutionnel rappelle systématiquement que, « *en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel* ». Dans un document publié sur son site internet en avril 2011³³, il confirme cette position en précisant que « *l'effet abrogatif de la déclaration d'inconstitutionnalité interdit que les juridictions appliquent la loi en cause non seulement dans l'instance ayant donné lieu à la question prioritaire de constitutionnalité mais également dans toutes les instances en cours à la date de cette décision.* » L'effet de principe d'une censure en QPC est donc l'applicabilité immédiate à toutes les instances en cours, et il s'impose en l'absence d'une mention expresse contraire du Conseil constitutionnel. Dans l'hypothèse d'un report d'abrogation, la censure prononcée produit ses effets, à défaut d'intervention législative, à la date d'abrogation fixée dans la décision. Dans les deux décisions étudiées³⁴, le Conseil ne prévoit pas quelle devait être la portée de cette abrogation si la loi nouvelle venait à ne pas être adoptée dans le délai fixé. A défaut d'explicitation en ce sens, l'effet de principe doit être retenu, c'est-à-dire *l'applicabilité immédiate aux instances en cours à la date de l'abrogation*. Les conséquences de l'abrogation seront cependant différentes selon qu'elle intervient à la suite d'une suspension des contentieux, comme dans le cas de la décision *Epoux L. (A)* ou d'une validation des contentieux, ainsi que l'illustre la décision *CGT, FO et autres (B)*.

A – L'entrée en vigueur de l'abrogation à la suite d'une suspension des contentieux

Par la suspension des contentieux suite à un report d'abrogation, le Conseil constitutionnel enjoint au juge ordinaire de surseoir à statuer dans toutes les instances dans lesquelles la disposition censurée trouve à s'appliquer, jusqu'à son remplacement par une disposition nouvelle ou, au plus tard, jusqu'à la date d'abrogation fixée dans la décision. Ce choix est motivé par la volonté du juge constitutionnel d'assurer l'effet utile de sa décision de censure, qui doit en principe bénéficier au justiciable ayant soulevé la QPC et, plus généralement, à toutes les instances en cours à la date de la décision³⁵. Afin que soit pleinement assuré cet effet utile, le Conseil constitutionnel adjoint à cette première injonction une seconde, demandant au législateur de rendre la loi nouvelle applicable aux instances qui étaient en cours à la date de la décision de censure. Sur les quatre décisions de report d'abrogation avec suspension des contentieux, le

³² Voir sur ce point : la décision de principe n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, *Mme Christine D. [Pension de réversion des enfants]* ; X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel. Quel(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? », *loc. cit.*, sp. pp. 763-765.

³³ Rubrique « A la une », avril 2011, « Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel (II) »

³⁴ Cons. const., déc. n° 2014-343 QPC et n° 2014-388 QPC, *préc.*

³⁵ Cons. const., déc. n° 2009-595 DC, 3 décembre 2009, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, considérant n° 17 ; Cons. const., déc. n° 2010-108 QPC, 25 mars 2011, *Mme Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, considérant n° 5.

Conseil a eu recours à trois reprises à cette double injonction « suspension/modulation »³⁶ et une fois seulement à l'injonction simple de suspension des contentieux en cours³⁷.

Dans la perspective d'une intervention tardive du législateur, l'effet de principe de la censure est l'applicabilité immédiate aux instances en cours à la date d'abrogation. Se pose inévitablement la question de savoir si les instances en cours au jour de l'abrogation sont systématiquement les mêmes que celles qui étaient en cours au jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Lorsque ce dernier ordonne le sursis à statuer du juge ordinaire au plus tard jusqu'à la date d'abrogation dans les instances où la disposition censurée est applicable, les instances en cours au moment de la décision demeurent des instances en cours au jour de l'abrogation et peuvent ainsi bénéficier de la censure. De ce point de vue, l'intervention tardive du législateur n'entame pas l'effet utile de la décision. Plus problématique est l'hypothèse des instances qui se seraient constituées postérieurement à la décision du Conseil constitutionnel. Ces instances n'étant pas, par définition, des « instances en cours à la date de la décision », le juge ordinaire n'a pas techniquement l'obligation de surseoir à statuer et doit donc trancher le litige en application de la disposition censurée³⁸. N'ayant pas bénéficié de la suspension imposée par le Conseil constitutionnel, certaines instances peuvent donc avoir été jugées sur le fondement de la disposition déclarée inconstitutionnelle avant la date d'abrogation. En revanche, les instances constituées postérieurement à la publication de la décision du Conseil constitutionnel et qui sont toujours en cours à la date d'abrogation fixée, peuvent bénéficier de la censure en application de l'effet de principe. En résumé, dans l'hypothèse d'un retard du législateur suite à une suspension des contentieux, seules les instances constituées après la décision du Conseil constitutionnel et ayant déjà fait l'objet d'un jugement, qu'il soit ou non définitif, ne pourront pas bénéficier de la censure de la disposition inconstitutionnelle.

A la suite de la censure prononcée par le Conseil, la Cour de cassation a dû tirer les conséquences de l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle en l'absence d'intervention législative. A l'occasion de quatre arrêts rendus le 27 janvier et le 11 février 2015³⁹, la troisième chambre civile s'est prononcée sur des arrêts d'appel ayant condamné les requérants à restituer des sommes indûment perçues lors de la cession d'une exploitation agricole en appliquant le « *taux pratiqué par la Caisse régionale de crédit agricole pour les prêts à moyen terme* », comme le prévoyait l'ancienne formulation de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime, censurée par le Conseil constitutionnel le 27 septembre 2013 et abrogée le 1^{er} janvier 2014 à défaut d'intervention législative. La troisième chambre civile de la Cour de cassation a considéré que la décision du Conseil constitutionnel du 27 septembre 2013 était « *applicable à toutes les instances non jugées définitivement à la date du 1^{er} janvier 2014, date de l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité* ». Elle a, par la suite, confirmé cette position dans un arrêt du 12 mai 2015⁴⁰. Le recours à une telle formulation fait référence à la distinction opérée par le Conseil constitutionnel, qui distingue les « instances en

³⁶ Cons. const., déc. n°2010-1 QPC, *préc.*, considérant n° 12 ; Cons. const., déc n°2010-83, *préc.*, considérant n° 7 ; Cons. const., déc. n° 2013-343 QPC, *préc.* considérant n° 9.

³⁷ Cons. const., déc. n° 2014-413 QPC, 19 septembre 2014, *Société PV-CP Distribution*, [Plafonnement de la cotisation économique territoriale en fonction de la valeur ajoutée], considérant n° 8.

³⁸ X. MAGNON (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Principes généraux, pratique et droit du contentieux*, 2^{ème} édition, Paris, LexisNexis, 2013, p. 298 : « nul n'est censé ignorer... une décision du Conseil constitutionnel ».

³⁹ Cass. 3^e civ., 27 janvier 2015, n°13-26.439 ; n°13-25.485 ; n°13-25.481 ; Cass. 3^e civ., 11 février 2015, n°14-10.266.

⁴⁰ Cass. 3^e civ., 12 mai 2015, n°13-28.406.

cours » des instances « non jugées définitivement⁴¹ » dans sa jurisprudence. Alors que l'expression « instances en cours » doit être entendue strictement comme renvoyant à « *toutes les situations dans lesquelles le juge a été saisi mais ne s'est pas encore prononcé*⁴² », une affaire non jugée définitivement a une signification plus large, recouvrant les jugements « *encore susceptibles de faire l'objet d'un appel ou d'un recours en cassation*.⁴³ » De ce point de vue, la solution retenue par la troisième chambre civile s'inscrit à l'évidence dans une logique d'extension de l'effet utile de la décision du juge constitutionnel. Elle permet ainsi que les instances constituées postérieurement à la publication de la décision du Conseil constitutionnel et ayant fait l'objet d'un jugement non définitif avant la date d'abrogation puissent bénéficier de la censure. Il n'en demeure pas moins qu'entendre « instances en cours » dans l'acception large d'« instances non jugées définitivement » établit une confusion entre deux notions explicitement dissociées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Par cette confusion, l'interprétation de la troisième chambre civile « *rend sans objet la différence de formulations utilisées par le Conseil constitutionnel, seul compétent pour déterminer les effets de ses décisions*.⁴⁴ »

Cette prise en compte extensive de la chose jugée par le Conseil constitutionnel amène donc la Cour de cassation à annuler les arrêts d'appel ayant fait application de l'ancien taux déclaré inconstitutionnel, au motif du défaut de fondement juridique résultant de l'abrogation. Une fois établies les conséquences de l'abrogation de la disposition inconstitutionnelle, le juge ordinaire doit encore déterminer quelle est la norme applicable aux litiges concernés. Dans la décision *Epoux L.*, le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelle, au sein de l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime, la phrase « *et égal au taux pratiqué par la Caisse régionale de crédit agricole pour les prêts à moyen terme.* » Ce n'est donc pas le principe de la répétition des sommes indûment perçues qui est censuré, ni même le fait de majorer les sommes à restituer, mais simplement le taux spécial indexé sur celui pratiqué par la Caisse régionale de crédit agricole pour les prêts à moyen terme. L'ordre juridique prévoit à cet égard un taux d'intérêt légal, de droit commun, établi à l'article L. 313-2 du code monétaire et financier. C'est ce taux que le juge ordinaire devait appliquer dans les espèces concernées tant que le législateur n'avait pas adopté de nouveau taux spécial.

B – L'entrée en vigueur de l'abrogation à la suite d'une validation des contentieux

Par la validation des contentieux dans le cadre d'une décision de report d'abrogation, le Conseil constitutionnel empêche que les mesures d'application de la disposition législative déclarée inconstitutionnelle ne soient contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. A

⁴¹ Par exemple : Cons. const., déc. n° 2010-10 QPC, 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres [Tribunaux maritimes commerciaux]*, considérant n° 5 ; cons. const., déc. n° 2011-202 QPC, 2 décembre 2011, *Mme Lucienne Q., [Hospitalisation sans consentement antérieure à la loi n°90-527 du 27 juin 1990]*, considérant n° 16 ; cons. const., déc. n° 2014-390, 11 avril 2014, *M. Antoine H., [Destruction d'objets saisis sur décision du procureur de la République]*, considérant n° 8 ; cons. const., déc. n° 2015-523 QPC, 2 mars 2016, *M. Michel O., [Absence d'indemnité compensatrice de congé payé en cas de rupture du contrat de travail provoqué par la faute lourde du salarié]*, considérant n° 11 ; cons. const., déc. n° 2016-534 QPC, 14 avril 2016, *Mme Francine E., [Suppression des arrérages de la pension d'invalidité en cas d'activité professionnelle non salariée]*, considérant n° 7.

⁴² X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions du Conseil constitutionnel... », *loc. cit.*, p. 764.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ P. DEUMIER, « Les décisions QPC, le retard du législateur, les instances en cours et l'office de la Cour de cassation », *loc. cit.*

L'inverse de la suspension des contentieux, la validation s'applique non seulement aux contentieux en cours à la date de la décision mais également aux contentieux qui naîtraient après la décision de censure et avant la date d'abrogation. Ce choix est motivé par la nécessité d'éviter les « *conséquences manifestement excessives*⁴⁵ » que pourrait entraîner un effet immédiat la censure. Le Conseil constitutionnel fait notamment référence à la nécessité de préserver les « *objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions*⁴⁶ » ou encore les « *exigences de protection de la santé*.⁴⁷ » C'est le choix que le Conseil a retenu dans la décision *CGT, FO et autres* relative au régime juridique du portage salarial. Ce choix de valider les contentieux n'est cependant motivé ni par la décision, ni par le commentaire institutionnel de la décision disponible sur le site du Conseil. L'on devine cependant facilement les conséquences excessives d'une telle censure : un effet immédiat priverait de base légale l'ensemble des contrats de portage salarial et serait une atteinte importante à la sécurité juridique des salariés et entreprises contractants.

Dans l'hypothèse d'une inertie du législateur, l'effet de principe demeure l'applicabilité immédiate aux instances en cours à la date d'abrogation fixée par le Conseil constitutionnel. La problématique est en revanche quelque peu différente de celle envisagée précédemment en matière de suspension des contentieux. Dans le cadre de la validation des contentieux, les instances en cours au moment de la décision ne sont pas suspendues et se poursuivent après la décision du Conseil. Certaines instances auront donc fait l'objet d'un jugement sur la base de cette validation contentieuse et ne pourront dès lors plus être considérées comme strictement « en cours » au jour de l'abrogation. Il est toutefois possible d'envisager que les jugements concernés aient fait l'objet d'un appel ou d'un recours en cassation qui n'a pas encore été tranché au jour de l'abrogation et les instances concernées seront donc, dans ce cas, de nouveau des instances en cours qui pourront bénéficier de la censure. Par ailleurs, comme le suggère une lecture *a contrario* du considérant relatif à la modulation des effets de la censure retenu par le juge constitutionnel, si les mesures d'application de la disposition déclarée inconstitutionnelle ne peuvent être contestées jusqu'à la date d'abrogation sur le fondement de l'inconstitutionnalité, cela signifie qu'elles peuvent l'être à compter de cette date. Il ne reste donc qu'une hypothèse réellement problématique : celle des décisions passées en force de chose jugée durant la période transitoire, lorsque s'appliquait la validation des contentieux, qui ne peuvent plus faire l'objet d'aucun recours. Dans ce « cas limite », les justiciables concernés ne peuvent en aucune façon bénéficier de l'abrogation.

Il reste que l'effet de principe peut être écarté par le juge ordinaire dans les procès au fond, dans la mesure où il peut estimer, suite à une mise en balance des intérêts en présence, que la légalité objective doit s'effacer devant des considérations subjectives tenant notamment à la sécurité juridique. La solution rendue par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 7 mai 2015⁴⁸ illustre parfaitement le pouvoir d'appréciation mis en œuvre par le juge ordinaire pour déterminer les conséquences à tirer d'une telle abrogation sans intervention législative, quitte à s'écarter de la volonté du Conseil constitutionnel. Il apparaît en effet que le juge administratif suprême a « lui-

⁴⁵ Cf. note n° 11.

⁴⁶ Cons. const., déc. n° 2010-14/22, 30 juillet 2010, *préc.*, considérant n° 30 ; cons. const., déc. n° 2013-357 QPC, 29 novembre 2013, *préc.*, considérant n° 10.

⁴⁷ Cons. const., déc. n° 2010-71 QPC, 26 novembre 2010, *Mlle Danielle S.*, [*Hospitalisation sans consentement*], considérant n° 41

⁴⁸ CE, 1^{er} et 6^e ssr, 7 mai 2015, *Société Ventoris IT et autres*, n° 370986.

*même corrigé la portée d'une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel⁴⁹ » afin de sauvegarder la sécurité juridique. Dans cette espèce, les requérants contestaient en excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat la légalité de l'arrêté ministériel du 24 mai 2013 portant extension de l'accord national professionnel du 24 juin 2010 relatif au portage salarial. Ils faisaient notamment valoir que l'accord national professionnel et l'arrêté venant l'étendre étaient irréguliers puisque adoptés sur le fondement d'une disposition législative déclarée inconstitutionnelle. Dans sa décision de non-conformité, le Conseil constitutionnel a différé l'abrogation de la disposition au 1^{er} janvier 2015 et a précisé que « les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent, avant cette même date, être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.⁵⁰ » Cela signifie, *a contrario*, que l'accord national professionnel et l'arrêté ministériel d'extension peuvent être contestés sur le fondement de l'inconstitutionnalité du troisième paragraphe de l'article 8 de la loi du 25 juin 2008 à compter du 1^{er} janvier 2015. Cette interprétation de la volonté du juge constitutionnel est corroborée par le commentaire de la décision fournie par le Conseil sur son site internet qui précise que l'arrêté ministériel « pourra être contesté à compter du 1^{er} janvier 2015 s'il n'a pas été abrogé ou remplacé avant cette date. » L'usage du verbe « contester » fait à l'évidence référence à la date d'introduction du recours juridictionnel. Or en l'espèce toutes les requêtes devant le Conseil d'Etat ont été introduites avant le 1^{er} janvier 2015. Le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la disposition législative sur laquelle se fonde l'arrêté ministériel aurait donc dû être déclaré irrecevable par le juge administratif suprême, quand bien même celui-ci statuait le 7 mai 2015, soit plusieurs mois après la date d'abrogation. Cette hypothèse a été envisagée par le rapporteur public M. Alexandre LALLET qui, dans ses conclusions, l'écarte toutefois en considérant que « si le Conseil constitutionnel avait entendu faire échec aux recours en annulation introduits contre ces mesures, et contraindre les requérants à demander leur abrogation à compter du 1^{er} janvier 2015, il se serait borné à abroger la disposition à cette date, le cas échéant en indiquant que cette abrogation serait sans incidence sur les instances en cours. » A sa suite, le Conseil d'Etat fait droit au moyen des requérants et les estime « fondés à demander l'annulation de l'arrêté du 24 mai 2013⁵¹ » en raison de l'inconstitutionnalité de sa base légale.*

De ce premier point de vue, il pourrait être soutenu que le Conseil d'Etat a modifié la portée de la décision du juge constitutionnel. Un tempérament doit toutefois être apporté : au regard des effets de principe d'une déclaration de non-conformité *a posteriori*, la censure prononcée par le Conseil constitutionnel doit être considérée comme applicable immédiatement aux instances en cours à la date d'abrogation de la disposition législative, soit le 1^{er} janvier 2015. Les instances sur lesquelles se prononçait le Conseil d'Etat étaient des instances en cours à cette date et pouvaient ainsi bénéficier de la décision du Conseil constitutionnel. Encore eût-il fallu que le Conseil d'Etat le précisât dans sa motivation, afin d'assurer une meilleure lisibilité de sa décision vis-à-vis de celle du Conseil constitutionnel, faute de quoi il peut être avancé que le Conseil d'Etat respecte la décision du juge constitutionnel, sans véritablement le vouloir.

C'est au niveau des conséquences à tirer de l'illégalité de l'arrêté ministériel que l'arrêt du Conseil d'Etat affecte plus clairement la décision du Conseil constitutionnel. La conséquence de l'illégalité d'un acte administratif est en principe son annulation rétroactive, l'acte étant supposé

⁴⁹ B. MATHIEU, « Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité : 17 avril – 7 juillet 2015 », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 30-35, 27 juillet 2015, doct. 894.

⁵⁰ Considérant n° 10.

⁵¹ CE, 1^e et 6^e ssr, 7 mai 2015, *précit.*, considérant n° 4.

n'avoir jamais existé. Depuis sa jurisprudence *Association AC !*⁵², le juge administratif s'est cependant octroyé la faculté de moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse lorsque, dans certaines circonstances exceptionnelles, des considérations tenant à la sécurité juridique et à l'intérêt général l'exigent. Le Conseil d'Etat a usé de cette faculté de modulation dans l'arrêt du 7 mai 2015, estimant qu'au regard de la situation et des attentes légitimes des salariés et des entreprises ayant conclu des contrats de portage salarial, « *une annulation rétroactive aurait, dans les circonstances particulières de l'espèce, des conséquences manifestement excessives*⁵³ ». Le Conseil d'Etat fait donc prévaloir la sécurité juridique sur la légalité objective et conclut que « *sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur son fondement, les effets de l'arrêté du 24 mai 2013 antérieurs au 1^{er} janvier 2015 devront être regardés comme définitifs*⁵⁴ ». En validant les effets produits par l'arrêté ministériel le juge administratif suprême prive d'effet la décision de censure du Conseil constitutionnel puisqu'il empêche d'une part que l'abrogation de la disposition législative soit applicable aux instances en cours au 1^{er} janvier 2015 et d'autre part que soient contestées, après le 1^{er} janvier 2015, les mesures d'application de l'arrêté ministériel. De ce point de vue, le choix du juge administratif de valider les effets produits par la disposition avant le 1^{er} janvier 2015 rend assez largement ineffective la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le Conseil constitutionnel. Le professeur Bertrand MATHIEU relève sur ce point que « *[s]i l'on peut comprendre les raisons qui justifient la décision rendue par le Conseil d'Etat, il n'en reste pas moins que ces "validations juridictionnelles" successives de dispositions inconstitutionnelles [...] ne sont pas très satisfaisantes au regard des exigences de l'Etat de droit*⁵⁵ »

S'agissant enfin de la détermination de la norme applicable aux litiges portés devant le juge ordinaire, elle est relativement simple : puisque la disposition législative qui servait de fondement légal au régime juridique du portage salarial est abrogée au 1^{er} janvier 2015, tout contrat de portage salarial conclu après le 1^{er} janvier 2015 est dépourvu de fondement légal et doit être déclaré nul. L'abrogation ne produit d'effet que pour les contrats conclus postérieurement au 1^{er} janvier 2015, ceux conclus antérieurement ayant vu leurs effets sécurisés par l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 mai 2015.

Cette période transitoire entre la date d'abrogation et l'entrée en vigueur tardive de la loi nouvelle laisse donc au juge ordinaire la tâche parfois périlleuse de déterminer les conséquences à tirer de l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel dans les instances en cours, exigence qui peut parfois s'avérer délicate à concilier avec la prise en compte d'intérêts subjectifs tenant par exemple à la préservation de la sécurité juridique ou avec la prise en compte du principe d'égalité entre justiciables. Cette situation est la conséquence directe du retard du législateur. Reste à savoir si celui-ci peut corriger les conséquences problématiques de son intervention tardive par une modulation des effets dans le temps de la loi nouvelle.

⁵² CE, *ass.*, 11 mai 2004, *Association AC !*, n°255886, Lebon p. 197 ; V. les conclusions de C. DEVYS, « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative », *RFDA*, 2004, p. 454 ; J.-E. SCHOETTL, « Ce fut *AC !* », *AJDA*, 2014, p. 116.

⁵³ CE, *1^{er} et 6^e SSR*, 7 mai 2015, *préc.*, considérant n° 5.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ B. MATHIEU, « Jurisprudence relative à la question prioritaire de constitutionnalité... », *loc. cit.*

§ 2 – Le rôle du législateur : la détermination des modalités d'application dans le temps de la loi nouvelle tardive

Lorsque le Conseil constitutionnel reporte l'abrogation de la disposition déclarée inconstitutionnelle il s'assure, par la détermination d'un régime transitoire venant suspendre ou valider les contentieux en cours, de la continuité entre l'ancien dispositif inconstitutionnel et le nouveau dispositif conforme. Cette continuité est évidemment tributaire d'une intervention du législateur avant la date d'abrogation fixée. L'intervention tardive du législateur introduit une rupture dans cette continuité, la disposition déclarée inconstitutionnelle étant abrogée et la nouvelle loi conforme n'ayant pas encore été adoptée. Se pose alors la question de savoir si le législateur peut corriger ce retard par l'effet de dispositions rétroactives. Généralement, trois options s'offrent au législateur quant à ces modalités : premièrement, il peut ne prévoir aucune disposition transitoire, la loi nouvelle étant ainsi uniquement applicable aux situations constituées à compter de la date de son entrée en vigueur ; il peut, deuxièmement, rendre la loi nouvelle applicable aux instances en cours à la date de son entrée en vigueur ; il peut, enfin, décider de valider rétroactivement des actes sous la menace d'une annulation, par une loi dite de « validation ». La problématique touchant à l'opportunité et la régularité des lois rétroactives dans cette perspective dépend des données de chaque cas et ne saurait être posée en des termes généraux et abstraits. De ce point de vue, les deux affaires étudiées renvoient à deux cas de figure bien distincts : si la décision *CGT, FO et autres* ne prévoyait rien quant aux modalités d'application dans le temps de la loi nouvelle, laissant au législateur le soin de les déterminer librement (A), le Conseil constitutionnel a en revanche, dans sa décision *Epxoux L.*, enjoint au législateur de rendre les nouvelles dispositions législatives applicables aux instances en cours à la date de sa décision (B).

A – Les dispositions transitoires de la loi nouvelle en l'absence d'injonction du Conseil constitutionnel

Dans l'affaire du portage salarial, si la loi nouvelle était intervenue dans le délai fixé par le Conseil constitutionnel, aucun contrat de portage salarial n'aurait été dépourvu de fondement légal : ceux conclus avant l'intervention du législateur se voyaient appliquer l'accord national professionnel du 24 juin 2010 étendu par l'arrêté ministériel du 24 mai 2013 et ne pouvaient être contestés sur le fondement de l'inconstitutionnalité de leur base légale, par l'effet de la validation contentieuse prononcée par le Conseil constitutionnel ; ceux conclus à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle se seraient vu appliquer le dispositif fixé par celle-ci.

L'intervention tardive du législateur aboutit à une rupture de continuité entre l'ancien et le nouveau cadre juridique du portage salarial. En effet, en raison de la validation décidée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 7 mai 2015, tous les contrats de portage salarial conclus avant le 1^{er} janvier 2015 se voient appliquer l'accord national professionnel du 24 juin 2010 étendu par l'arrêté ministériel du 24 mai 2013, et ne peuvent être contestés sur le fondement de l'abrogation de leur base légale. Par ailleurs, l'ordonnance fixant le nouveau cadre juridique du portage salarial, entrée en vigueur le 3 avril 2015⁵⁶, n'a rien prévu quant à ses modalités d'application dans le

⁵⁶ Ordonnance n° 2015-380 du 2 avril 2015 relative au portage salarial, *préc.*

temps. A défaut de disposition transitoire, il faut considérer que le nouveau régime est applicable à tous les contrats de portage salarial conclus à compter du 3 avril 2015. Il reste qu'entre le 1^{er} janvier et le 2 avril 2015, l'ordre juridique ne contenait formellement aucune détermination légale du régime du portage salarial et les contrats conclus durant cette période doivent être considérés comme nuls. Tout repose ainsi sur le juge ordinaire qui devra se prononcer sur la contestation d'un contrat conclu durant cette période et, comme le relève B. SCHMALTZ, « *l'incertitude est grande quant au droit qu'appliqueront les juridictions judiciaires en cas de litige [...], incertitude qui pourrait s'avérer génératrice de nombreux préjudices.*⁵⁷ »

Dans la perspective d'une volonté de corriger cette rupture de continuité instaurée entre la norme abrogée et la norme nouvelle, la question peut se poser de savoir si l'ordonnance n° 2015-380 fixant le régime juridique du portage salarial pouvait prévoir des dispositions transitoires ayant pour effet de sécuriser rétroactivement les contrats sous la menace d'une annulation. Autrement dit, cela revient à interroger l'opportunité de procéder à une validation législative des contrats conclus à compter du 1^{er} janvier 2015 afin, pour le législateur, de remédier rétrospectivement à son intervention tardive. Une validation législative peut se définir comme « *toute intervention du législateur qui, par un texte modifiant rétroactivement l'état du droit, résultant notamment de décisions de justice, permet de réputer réguliers des actes juridiques, nés ou à venir, dont la légalité risque d'être mise en cause devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif*⁵⁸. » Peuvent être validés aussi bien des actes réglementaires que des actes de droit privé comme, en l'occurrence, des contrats. Ainsi, par exemple, l'article 115 de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière a procédé à la validation rétroactive de contrats de prêts immobiliers. Sur la question des validations législatives, le Conseil constitutionnel a aligné sa jurisprudence sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁹, opérant un contrôle strict de ces lois de validation et exigeant que celles-ci répondent à un « *motif impérieux d'intérêt général*⁶⁰ ». La validation doit par ailleurs être précisément définie et ne saurait remettre en cause des décisions de justice ayant acquis force de chose jugée, ni porter atteinte au principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions, ni encore méconnaître un principe à valeur constitutionnelle.

En l'espèce, une validation législative des contrats conclus entre le 1^{er} janvier et le 2 avril 2015 paraissait tout à fait opportune, eu égard aux conséquences préjudiciables d'une annulation pour les entreprises et les salariés contractants. Elle était également justifiée au regard du fait que l'intervention du nouveau régime était par définition prévisible, de par l'adoption de la loi d'habilitation le 20 décembre 2014. Une telle validation aurait ainsi permis de mettre ces contrats à l'abri de l'annulation en leur appliquant le nouveau régime fixé par l'ordonnance dès le jour de l'abrogation de l'ancien dispositif. La continuité eût été par ce moyen fictivement rétablie. De plus, en raison du délai relativement bref de l'intervention du gouvernement, seulement quatre mois après la date d'abrogation, aucune contestation d'un contrat encourant nullité n'aurait eu le

⁵⁷ B. SCHMALTZ, « La négociation collective à l'épreuve des compétences des autorités normatives de l'Etat », *AJDA*, 2015, p. 2047.

⁵⁸ J. MASSOT, « Validation législative » in. *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, avril 2007 (actualisation : janvier 2014), paragraphe n° 1.

⁵⁹ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, req. n° 24846/94 et 34165/96 à 34173. V. également la communication disponible sur le site internet du Conseil constitutionnel « Le contrôle des validations législatives », rubrique « *A la une* », mars 2014.

⁶⁰ Cons. const., déc. n° 2013-366, 14 février 2014, *SELARL PJA, ès qualités de liquidateur de la société Maflow France, [Validation législative des délibérations des syndicats mixtes instituant le « versement transport »]*, considérant n° 3.

temps d'aboutir à une décision ayant acquis force de chose jugée, c'est-à-dire insusceptible de faire l'objet de recours suspensif d'exécution. Une réserve mérite cependant d'être exprimée et peut expliquer le choix du gouvernement de ne pas avoir procédé à une validation législative en l'espèce : la loi du 20 décembre 2014 n'a pas habilité explicitement le gouvernement à prévoir une telle validation. Ce cas de figure s'est déjà présenté avec l'ordonnance n° 2005-805⁶¹ procédant à une validation de certaines déclarations et autorisations administratives mais sur habilitation expresse du législateur⁶². En intervenant seulement onze jours avant la date d'abrogation fixée par le Conseil constitutionnel dans sa décision de censure, le législateur aurait dû prévoir, dans la loi d'habilitation, que le gouvernement ne pouvait à l'évidence pas définir le régime juridique du portage salarial dans le délai fixé. Il pouvait ainsi anticiper son intervention tardive et l'habiliter par là-même à sécuriser rétroactivement les contrats qui pouvaient être conclus entre la date d'abrogation de la norme déclarée inconstitutionnelle et l'entrée en vigueur du nouveau régime juridique du portage salarial.

B – Les dispositions transitoires de la loi nouvelle en cas d'injonction de modulation formulée par le Conseil constitutionnel

Afin de préserver l'effet utile de sa décision de censure malgré le report d'abrogation, le Conseil constitutionnel retient une double injonction consistant, d'une part, à demander au juge ordinaire de surseoir à statuer dans les instances en cours à la date de la décision et, d'autre part, à demander au législateur de rendre les nouvelles dispositions législatives applicables à ces instances en cours. Cette double injonction « suspension/modulation » ou « *rétroactivité procédurale imposée*⁶³ », permet que toutes les instances en cours au moment de la censure se voient appliquer une nouvelle disposition législative conforme à la Constitution. Le Conseil constitutionnel a déjà utilisé cette technique à trois reprises : la première fois à l'occasion de la première QPC relative à la cristallisation des pensions⁶⁴, la deuxième dans le cadre de la censure du régime des rentes viagères d'invalidité⁶⁵, la troisième dans la décision intéressant spécialement cette étude, relative à la censure de la détermination du taux d'intérêt de majoration des sommes indûment perçues à l'occasion d'un changement d'exploitant agricole, fixée par l'article L. 411-74 du code rural et de la pêche maritime⁶⁶.

Ce n'est que dans la décision *Société PV-CP Distribution* du 19 septembre 2014⁶⁷ que le Conseil a décidé d'un report d'abrogation avec suspension des contentieux, sans rien enjoindre au législateur au sujet des dispositions transitoires de la loi nouvelle. Malgré cela, il justifie la suspension des contentieux par la nécessité de « *préserver l'effet utile de la présente décision* ». Cette solution pose ainsi la question de savoir si l'effet utile de la décision de censure dans le cadre d'un report d'abrogation ne peut être assuré que par la double injonction « suspension/modulation »

⁶¹ Article 4 de l'ordonnance n° 2005-805 portant simplification, harmonisation et adaptation des polices de l'eau et des milieux aquatiques, de la pêche et de l'immersion des déchets.

⁶² Article 50 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 portant simplification du droit.

⁶³ M. FATIN-ROUGE STEFANINI ET K. ROUDIER, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre de questions d'inconstitutionnalité : étude portant sur les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité », in L. GAY (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité : approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 339.

⁶⁴ Cons. const., déc. n° 2010-1 QPC, *préc.*, considérant n° 12.

⁶⁵ Cons. const., déc. n° 2010-83 QPC, *préc.*, considérant n° 7.

⁶⁶ Cons. const., déc. n° 2013-343 QPC, *préc.*, considérant n° 9.

⁶⁷ Cons. const., déc. n° 2014-413 QPC, *préc.*, considérant n° 8.

ou si une simple injonction de suspension des contentieux est suffisante. Cette décision porte sur le mécanisme de plafonnement de la contribution économique territoriale (CET)⁶⁸. Précisant qu'un effet immédiat de la censure aurait pour effet de rétablir le mécanisme de plafonnement antérieur, le Conseil constitutionnel considère qu'il revient au seul législateur de tirer les conséquences de la non-conformité du mécanisme de plafonnement contesté. Il décide alors de reporter l'abrogation du mécanisme actuel de plafonnement de la CET au 1^{er} janvier 2015, laissant au législateur la discrétion d'intervenir pour fixer un nouveau mécanisme ou de ne pas intervenir, signifiant par là-même implicitement qu'il accepte que le mécanisme antérieur s'applique aux instances en cours au 1^{er} janvier 2015, jugé conforme à la Constitution. En d'autres termes, une inertie du législateur, dans ce cas précis, a pour conséquence de rétablir une situation conforme à la Constitution. C'est cette seconde option qu'a retenue le législateur. Si toutefois il avait décidé d'adopter un nouveau mécanisme de plafonnement, il aurait dû préciser dans ses dispositions transitoires qu'il le rendait applicable aux instances en cours, faute de quoi la décision de censure prononcée par le Conseil aurait été privée d'effet utile. Cette modulation des effets dans le temps de la loi nouvelle n'a pas été envisagée explicitement par le Conseil constitutionnel et il aurait fallu compter, dans l'hypothèse d'une action positive du législateur, sur la coopération de ce dernier pour préserver l'effet utile de la décision de censure prononcée par des dispositions transitoires rendant le nouveau mécanisme de plafonnement applicable aux instances en cours.

Hormis cette situation particulière, dans laquelle l'inertie est envisagée par le Conseil constitutionnel comme une réponse possible du législateur à la censure prononcée, la double injonction « suspension/modulation » est la seule solution permettant de garantir au mieux l'effet utile de la décision à l'occasion d'un report d'abrogation. Cette technique contentieuse garantit l'effet utile de la censure dans une acception positive en permettant aux instances qui étaient en cours à la date de la décision de se voir appliquer un nouveau dispositif législatif conforme à la Constitution. Il apparaît toutefois que l'applicabilité immédiate aux instances en cours à la date de la décision n'est pertinente que si le législateur intervient dans le délai fixé par le juge constitutionnel. Toutes les instances en cours étant suspendues jusqu'à l'intervention de la loi nouvelle, elles bénéficient, lors de son entrée en vigueur, d'un nouveau dispositif conforme à la Constitution. En revanche, si le législateur intervient tardivement, le sursis à statuer prend fin à la date d'abrogation et les instances qui étaient en cours au jour de la décision sont tranchées en conséquence, sans se voir appliquer une loi nouvelle conforme. Dans ce cas, l'effet utile de la décision de censure du Conseil constitutionnel est tout de même assuré, mais seulement dans une acception négative, les instances en cours ne se voyant simplement pas appliquer une disposition inconstitutionnelle. L'on peut déduire de ces éléments que l'injonction de modulation adressée au législateur n'a de sens que si celui-ci intervient dans le délai fixé et ne s'impose plus dans le cadre d'une intervention tardive.

Si le législateur, intervenant après l'entrée en vigueur de l'abrogation, décidait cependant, eu égard à la décision du Conseil constitutionnel, de rendre la loi nouvelle applicable aux instances en cours à la date de la décision de censure, cela aurait plusieurs conséquences problématiques. Tant que la loi nouvelle entre en vigueur dans le délai fixé, les dispositions transitoires imposées par le Conseil constitutionnel se situent dans une logique d'applicabilité

⁶⁸ E. MEIER, E. DE RANCHER, « QPC sur le plafonnement de la CET en fonction de la valeur ajoutée : le législateur ne peut abuser de mesures anti-abus », *Revue de droit fiscal*, 29 janvier 2015, n°5, comm. 119.

immédiate aux instances en cours, en raison de la suspension des contentieux. Si la loi nouvelle entre en vigueur après la date d'abrogation, on se situe, en revanche, dans une logique de rétroactivité, les instances suspendues ayant repris leur cours⁶⁹. Or si la loi nouvelle entendait respecter strictement l'injonction du juge constitutionnel et être applicable uniquement aux instances qui étaient en cours au jour de la décision de censure, elle écarterait dès lors, de façon parfaitement injustifiée, les instances constituées entre la date d'abrogation et l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Si l'on considère donc que le législateur n'est plus tenu de respecter l'injonction du Conseil constitutionnel lorsqu'il intervient tardivement, il peut, dans ce cas, prévoir librement les dispositions transitoires qui lui semblent opportunes, en rendant par exemple la loi nouvelle immédiatement applicable aux instances en cours à la date de son entrée en vigueur. Dans l'affaire du pas-de-porte, une validation législative pouvait également être envisageable. Le législateur aurait ainsi pu, pour corriger son intervention tardive, déclarer le nouveau taux d'intérêt, entré en vigueur le 15 octobre 2014, applicable à tous les versements effectués entre le 1^{er} janvier et le 14 octobre 2014, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée. Qu'il soit cependant permis ici de douter de l'opportunité d'une telle validation, qui se serait vraisemblablement heurtée à l'exigence du « *motif impérieux d'intérêt général* ».

C'est la solution de l'applicabilité immédiate aux instances en cours qu'a retenue le législateur suite à la décision *Epoux L.* La loi nouvelle devait en principe, eu égard à la décision du Conseil, être applicable aux instances qui étaient en cours le 27 septembre 2013, jour de la publication de la décision. La disposition déclarée inconstitutionnelle a été abrogée le 1^{er} janvier 2014 et loi nouvelle, entrée en vigueur le 15 octobre 2014⁷⁰, a précisé être applicable « *aux instances en cours à la date d'entrée en vigueur de la présente loi.* » L'enchaînement est alors le suivant : l'indexation par l'article L. 411-74 du code rural du taux de majoration des sommes indûment perçues sur le taux pratiqué par la Caisse régionale de crédit agricole pour les prêts à moyen terme est déclarée inconstitutionnelle le 27 septembre 2013 ; toutes les instances en cours à cette date sont suspendues jusqu'au 1^{er} janvier 2014 ; le 1^{er} janvier 2014, faute d'intervention du législateur fixant un nouveau taux spécial, cette indexation est abrogée et le juge ordinaire est tenu d'appliquer le taux légal prévu à l'article L. 313-2 du code monétaire et financier ; les instances en cours le 15 octobre 2014 ainsi que les situations constituées à compter de cette date se voient appliquer le nouveau taux, correspondant au taux légal majoré de trois points. Le deuxième alinéa de l'article L. 411-74 disposant que les intérêts sur les sommes indûment perçues sont calculés à compter du versement de ces sommes, le nouveau taux ne pourra en conséquence pas s'appliquer aux versements effectués avant le 15 octobre 2014, à l'exception⁷¹ des instances en cours à cette date⁷¹.

*
* *

Il ressort de ces réflexions que la technique du report d'abrogation lorsque les circonstances l'exigent est une solution globalement efficace, qu'il s'agisse d'obtenir une réaction

⁶⁹ Les termes « applicabilité immédiate » et « rétroactivité » doivent ici être entendus dans un sens générique, puisque techniquement l'applicabilité immédiate est une rétroactivité, dans la mesure où il s'agit d'appliquer une disposition législative à des situations constituées avant son entrée en vigueur.

⁷⁰ Deuxième paragraphe de l'article 9 de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt.

⁷¹ Voir en ce sens : CA, Rouen, 4 février 2016, n° 15/01822.

du législateur ou d'assurer l'effet utile de la décision de censure du juge constitutionnel à défaut d'une telle réaction. Il faut se prémunir contre l'écueil d'une vision pathologique du droit, qui consisterait à déduire des difficultés soulevées par ce retard un désaveu du système QPC. Dans la quasi-totalité des reports d'abrogation, le législateur est intervenu dans le délai fixé par le Conseil constitutionnel. Il reste que l'on ne peut jamais totalement contraindre le législateur et il est possible que cette situation de retard se présente de nouveau. Il est alors souhaitable que le Conseil constitutionnel développe une motivation plus explicite et plus fournie quant au choix du report d'abrogation d'un côté, et quant au choix du régime transitoire applicable de l'autre. Faire apparaître plus clairement et de façon plus argumentée son intention est sans nul doute, pour le Conseil, un gage d'autorité et permettrait de limiter autant que possible les divergences dans la réception de ses décisions afin de tendre vers davantage d'égalité entre les justiciables.