



**HAL**  
open science

# Le renouveau de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie

Charles-Edouard Senac

► **To cite this version:**

Charles-Edouard Senac. Le renouveau de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 2013, pp.1453-1488. hal-02897516

**HAL Id: hal-02897516**

**<https://hal.science/hal-02897516>**

Submitted on 12 Jul 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Le renouveau de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*

Publié à *Revue du droit public*, 2013, p. 1453-1488

Charles-Édouard Sénac

## Résumé :

Apparue en 1985, la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* permet au Conseil constitutionnel d'examiner la conformité à la Constitution d'une loi promulguée par voie d'exception à l'occasion du contrôle *a priori* d'une loi qui la modifie, la complète ou en affecte le domaine. Alors qu'elle paraissait obsolète en raison de la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité, cette technique prétorienne connaît un nouveau souffle. Depuis août 2012, elle a été mise en œuvre à sept reprises et fait l'objet d'innovations l'érigeant en contrôle de constitutionnalité concurrent de la procédure instaurée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Se pose donc la question de sa cohabitation avec le mécanisme prévu par l'article 61-1 de la Constitution.

## Sommaire :

I. L'ESSOR DE LA JURISPRUDENCE <i>ÉTAT D'URGENCE EN NOUVELLE-CALÉDONIE</i> EN PARALLÈLE DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ .....	5
A. <i>L'utilité persistante du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée</i> .....	5
1. <i>Une technique utile pour l'accomplissement du contrôle a priori</i> .....	6
2. <i>Une technique utile par rapport à la question prioritaire de constitutionnalité</i> .....	6
B. <i>L'utilisation novatrice du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée</i> .....	8
1. <i>L'interprétation extensive des conditions de mise en œuvre</i> .....	8
2. <i>Le renforcement de la portée du contrôle</i> .....	13
II. L'ARTICULATION DE LA JURISPRUDENCE <i>ÉTAT D'URGENCE EN NOUVELLE-CALÉDONIE</i> ET DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ .....	16
A. <i>Les conséquences d'une décision QPC sur l'utilisation du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée</i> .....	16
1. <i>La conséquence logique d'une déclaration de non conformité</i> .....	16
2. <i>La conséquence probable d'une déclaration de conformité</i> .....	17
B. <i>Les incidences du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée sur la recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité</i> .....	20
1. <i>L'incidence négative des déclarations de conformité</i> .....	20
2. <i>L'incidence incertaine d'une déclaration de non conformité</i> .....	22

1. Le succès de la procédure de contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois fondée sur l'article 61-1 de la Constitution – 349 saisines du Conseil constitutionnel au 1<sup>er</sup> août 2013<sup>1</sup> – tend parfois à faire oublier que l'examen des lois promulguées par le Conseil constitutionnel n'est pas apparu en France après le 23 juillet 2008. Le 25 janvier 1985, à l'occasion du contrôle précédant la promulgation de la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, les juges de la rue de Montpensier ont consacré l'existence d'une exception au principe interdisant l'examen de constitutionnalité de lois promulguées dans le cadre du contrôle *a priori* prévu par l'article 61 de la Constitution. Selon la formule retenue à l'époque, « *la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine* »<sup>2</sup>. Le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception des lois promulguées se trouvait ainsi admis de façon prétorienne en contentieux constitutionnel français.

2. Cependant, la jurisprudence dite *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* a été mise en œuvre avec parcimonie par le juge constitutionnel<sup>3</sup>. Il faut attendre le 15 mars 1999 pour qu'elle donne lieu à la première déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi promulguée<sup>4</sup>. Le 23 juillet 1999 marquait, jusqu'à récemment, la date de sa dernière utilisation effective par la Haute instance<sup>5</sup>. Certes, plusieurs décisions rendues ultérieurement sur le fondement de l'article 61 de la Constitution ont semblé mettre en œuvre un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de dispositions législatives en vigueur<sup>6</sup>. Mais, en l'absence de mention du considérant de principe de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, on peut douter qu'elles en soient de réelles applications. Quoi qu'il en soit, ce qui au mieux constitue une utilisation « clandestine » du contrôle incident des lois promulguées confortait l'impression de déclin de la jurisprudence de 1985.

3. Dans ce contexte, la mise en place le 1<sup>er</sup> mars 2010 de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité (ci-après QPC), permettant à toute personne, au cours d'une instance juridictionnelle, de contester la conformité de dispositions législatives aux droits et libertés que la Constitution garantit, aurait pu porter le coup de grâce à cette jurisprudence. La création par le Constituant de cette nouvelle procédure de contrôle des lois promulguées était

---

<sup>1</sup> Ce nombre n'inclut pas les QPC déposées directement devant le Conseil constitutionnel en qualité de juge électoral, depuis la décision n° 2011-4538 SEN du 12 janv. 2012 (*Rec.*, p. 67 ; *RFDC*, 2012, p. 597 et s., chron. A.-L. Cassard-Valembos ; *D.*, 2012, p. 327 et s., note P. Cassia ; *LPA*, 5 févr. 2012, n° 33, p. 5 et s., note J.-P. Camby ; *JCP A*, 2012, n° 16, p. 40 et s., note J.-P. Derosier ; *AJDA*, 2012, p. 961 et s., note O. Dord ; *Constitutions*, 2012, n° 2, p. 343 et s., note R. Ghévantian ; *GP*, 26 févr. 2012, n° 57-59, p. 9 et s., note D. Lévy).

<sup>2</sup> CC, n° 85-187 DC, 25 janv. 1985, *Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances*, *Rec.*, p. 43, cons. 10 ; *RA*, 1985, p. 355, note M. De Villiers ; *RDP*, 1986, 1986, p. 395 et s., § 20-24, 27, 84, 157, 233, chron. L. Favoreu ; *AIJC*, 1985, p. 400 et s., chron. B. Genevois ; *D.*, 1985, p. 361, note F. Luchaire ; *AJDA*, 1985, p. 362, note P. Wachsmann. La formule intégrale était : « *Considérant que, si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine, il ne saurait en être de même lorsqu'il s'agit de la simple mise en application d'une telle loi* ». La référence à une loi d'application d'une loi a disparu par la suite.

<sup>3</sup> Pour une étude de la jurisprudence, v. not. M. Verpeaux, P. de Montalivet, A. Roblot-Troizier, A. Vidal-Naquet, *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, coll. « Thémis. Droit », 2011, p. 299 et s. ; W. Yeng Seng, « Le contrôle des lois promulguées dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, un mystère en voie de dissipation ? », *RFDC*, 2005, p. 35 et s.

<sup>4</sup> CC, n° 99-410 DC, 15 mars 1999, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.*, p. 51, cons. 39 à 42 ; *RDP*, 1999, p. 653 et s., note J.-P. Camby ; *JCP G*, 2000, I, 201, chron. B. Mathieu et M. Verpeaux ; *AIJC*, 1999, p. 583, chron. J. Pini ; *AJDA*, 1999, p. 324 et s., note J.-E. Schoettl.

<sup>5</sup> CC, n° 99-416 DC, 23 juill. 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, *Rec.*, p. 100, cons. 37 à 42.

<sup>6</sup> Par ex., CC, n° 2003-483 DC, 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, *Rec.*, p. 430, cons. 25 ; n° 2009-599 DC, 29 déc. 2009, *Loi de finances pour 2010*, *Rec.*, p. 218, cons. 106.

en effet susceptible de conduire le Conseil constitutionnel à abandonner le contrôle incident de constitutionnalité d'origine prétorienne.

4. Tel n'a pas été le destin de la jurisprudence « néo-calédonienne ». Au contraire, elle connaît actuellement un essor sans précédent<sup>7</sup> : sept utilisations entre le 1<sup>er</sup> août 2012 et le 1<sup>er</sup> août 2013, alors qu'avant cette période on comptait six mises en œuvre effectives depuis son apparition<sup>8</sup>.

Incontestablement, 2012 constitue une année faste pour la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. Pourtant, celle-ci n'avait pas commencé sous les meilleurs auspices. Alors que le Conseil constitutionnel avait été saisi le 31 janvier 2012, dans les conditions prévues à l'article 61 de la Constitution, de la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, il n'avait pas saisi l'occasion de contrôler par voie d'exception la loi du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915<sup>9</sup>, dont la constitutionnalité est débattue en doctrine<sup>10</sup>. Pourtant, les conditions fixées par sa jurisprudence – à savoir que la loi déférée modifie, complète ou affecte le domaine de la loi promulguée – semblaient effectivement satisfaites<sup>11</sup>. En effet, ainsi que le révélaient sans équivoque les travaux préparatoires, la loi soumise à son examen poursuivait la finalité de compléter la loi reconnaissant le génocide arménien qui jusque là ne présentait qu'un caractère déclaratif et une dimension symbolique, en organisant la répression pénale de la contestation de ce génocide.

Nonobstant, la jurisprudence de 1985 ne fut pas appliquée, ni même évoquée dans la décision rendue le 28 février 2012<sup>12</sup>. Les services du Conseil Constitutionnel ont néanmoins tenté d'expliquer le silence des « Sages » dans le commentaire officiel de la décision. Selon ce commentaire, « c'est la loi déférée qui conférait à la loi de 2001 une portée en réprimant la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide "reconnus comme tels par la loi française". Par ailleurs, la loi déférée étant censurée, il ne pouvait, en tout état de cause, être considéré qu'était modifié, complété ou affecté le domaine de la loi du 29 janvier 2001 »<sup>13</sup>. La première explication semble paradoxale, tant le fait de conférer une portée contraignante à une loi est l'archétype d'un complément de celle-ci. La

---

<sup>7</sup> Cette jurisprudence a reçu les honneurs de la rubrique « À la une » du site internet du Conseil constitutionnel pour le mois de juin 2013 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juin-2013-controle-des-lois-deja-en-vigueur-a-l-occasion-du-controle-a-priori-des-lois.137208.html>.

<sup>8</sup> CC, n° 89-256 DC, 25 juill. 1989, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, *Rec.*, p. 187 ; n° 96-377 DC, 16 juill. 1996, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public et comportant des dispositions relatives à la police judiciaire*, *Rec.*, p. 87 ; n° 97-388 DC, 20 mars 1997, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, *Rec.*, p. 31 ; n° 99-410 DC, préc. ; n° 99-414 DC, 8 juill. 1999, *Loi d'orientation agricole*, *Rec.*, p. 92 ; n° 99-416 DC, 23 juill. 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, *Rec.*, p. 100. Les cas d'utilisation « clandestine » du contrôle par voie d'exception, c'est-à-dire ceux où un tel contrôle semble opéré en l'absence de mention du considérant de principe de la jurisprudence « néo-calédonienne », ne sont pas comptabilisés.

<sup>9</sup> Loi n° 2001-70 du 29 janv. 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, *JORF*, 30 janv. 2001, p. 1590.

<sup>10</sup> Par ex., G. Vedel, « Les questions de constitutionnalité posées par la loi du 29 janvier 2001 », in *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, 2005, p. 48 et s.

<sup>11</sup> Dans le même sens, v. A. Levade, B. Mathieu, « Le législateur ne peut fixer des vérités et en sanctionner la contestation », *JCP G*, 2012, p. 680 et s., p. 681. Comp. W. Mastor, J.-G. Sorbara, « Réflexions sur le rôle du Parlement à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel sur la contestation des génocides reconnus par la loi », *RFDA*, 2012, p. 507 et s., p. 510 ; J. Roux, « Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de l'anormativité à l'inconstitutionnalité de la loi », *D.*, 2012, n° 15, p. 987 et s., p. 990.

<sup>12</sup> CC, n° 2012-647 DC, 28 févr. 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi*, *Rec.*, p. 139.

<sup>13</sup> *NCCC*, n° 36, 2012, p. 79 (disponible également à [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012647DCccc\\_647dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012647DCccc_647dc.pdf), 12 p., p. 12).

seconde paraît étrange, puisqu'elle aboutit à nier l'utilité du contrôle par voie d'exception dans l'hypothèse où la loi déferée est elle-même contraire à la Constitution. Pourtant, comme le rappelle le professeur Jérôme Roux, « la portée modificatrice ou non de la loi nouvelle, qui commande le déclenchement éventuel du contrôle incident de la loi promulguée, doit s'apprécier "à l'occasion" et non à l'issue de l'examen de la première »<sup>14</sup>. Cette seconde explication sera d'ailleurs démentie par la première utilisation de la jurisprudence « néo-calédonienne » opérée en 2012.

Le retour de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* a finalement été inauguré dans la décision du 9 août 2012 portant sur la loi de finances rectificative pour 2012<sup>15</sup>. L'article 40 de cette loi qui diminuait la rémunération du Président de la République et des membres du Gouvernement a été censuré au motif qu'il méconnaissait le principe de la séparation des pouvoirs<sup>16</sup>. Puis, observant que cet article « modifie les dispositions du paragraphe I de l'article 14 de la loi du 6 août 2002 » (cons. 83) relatives à la rémunération du Chef de l'État et des ministres, le juge constitutionnel les a censurées pour le même motif. C'est donc bien la confirmation qu'une loi en attente de promulgation déclarée contraire à la Constitution peut tout à fait permettre l'application de la jurisprudence de 1985.

Par la suite, c'est à l'occasion du contrôle *a priori* de la loi portant création des emplois d'avenir<sup>17</sup>, de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013<sup>18</sup> et de la loi de finances pour 2013<sup>19</sup> que le Conseil a mis en œuvre la jurisprudence « néo-calédonienne ». Au total, sur seize décisions rendues en 2012 sur le fondement de l'article 61 de la Constitution – soit un nombre relativement faible<sup>20</sup> – quatre ont mis en œuvre la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. En 2013, alors que dix décisions ont été rendues au 1<sup>er</sup> août dans le cadre du contrôle *a priori*, cette jurisprudence a été utilisée pour l'instant à trois reprises : à l'occasion du contrôle, d'abord, de la loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral<sup>21</sup>, ensuite, de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe ensuite<sup>22</sup> et, enfin, de la loi relative à la sécurisation de l'emploi<sup>23</sup>.

5. Le développement de la jurisprudence « néo-calédonienne » en 2012 et 2013 ne s'est pas seulement traduit par une augmentation de la fréquence de son utilisation. Le retour de cette technique prétorienne a également été marqué par l'issue du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, ainsi que les innovations apportées par le juge constitutionnel. D'une part, ce contrôle s'est conclu à chaque fois soit par une déclaration d'inconstitutionnalité de loi promulguée<sup>24</sup> soit par une déclaration de conformité sous réserve

---

<sup>14</sup> J. Roux, note préc., p. 990.

<sup>15</sup> CC, n° 2012-654 DC, 9 août 2012, *Loi de finances rectificative pour 2012*, JORF, 17 août 2012, p. 13496.

<sup>16</sup> Sur cette censure, v. not. O. Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de la république : une hérésie constitutionnelle (À propos de la décision du 9 août 2012) », *Jus politicum*, n° 9, 2013.

<sup>17</sup> CC, n° 2012-656 DC, 24 oct. 2012, *Loi portant création des emplois d'avenir*, JORF, 27 oct. 2012, p. 16699.

<sup>18</sup> CC, n° 2012-659 DC, 13 déc. 2012, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013*, JORF, 18 déc. 2012, p. 19861.

<sup>19</sup> CC, n° 2012-662 DC, 29 déc. 2012, *Loi de finances pour 2013*, JORF, 30 déc. 2012, p. 20966.

<sup>20</sup> À titre de comparaison, vingt-six, vingt-quatre et vingt-trois décisions DC ont été rendues respectivement en 2009, 2010 et 2011.

<sup>21</sup> CC, n° 2013-667 DC, 16 mai 2013, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral*, JORF, 18 mai 2013, p. 8258.

<sup>22</sup> CC, n° 2013-669 DC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JORF, 18 mai 2013, p. 8281.

<sup>23</sup> CC, n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*, JORF, 16 juin 2013, p. 9976.

<sup>24</sup> CC, n° 2012-654 DC, préc. ; n° 2012-659 DC, préc. ; n° 2012-662 DC, préc. ; n° 2013-667 DC, préc. ; n° 2013-672 DC, préc.

d'interprétation<sup>25</sup>, alors qu'auparavant une seule déclaration d'inconstitutionnalité avait été prononcée par voie d'exception<sup>26</sup>. D'autre part, le Conseil a innové à plusieurs titres dans le l'usage de la jurisprudence « néo-calédonienne », notamment, en intégrant au sein du dispositif de ses décisions une référence au contrôle de la loi promulguée exercé par voie d'exception.

6. Ce renouveau d'un mécanisme jurisprudentiel traditionnellement présenté comme palliatif à l'absence d'un véritable contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois paraît de prime abord paradoxal. À quoi bon un contrôle par voie d'exception des lois promulguées puisque les justiciables ont désormais le droit de contester leur conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis ? Ce renouveau s'avère, en outre, problématique. Comment les deux contrôles de constitutionnalité des lois promulguées vont-ils cohabiter au sein du système français de justice constitutionnelle ? Il convient donc de s'intéresser aux causes et manifestations de l'essor de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* en parallèle de la QPC (I), puis de s'interroger sur l'articulation du contrôle prétorien de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée avec le contrôle prévu par l'article 61-1 de la Constitution (II).

## **I. L'ESSOR DE LA JURISPRUDENCE *ÉTAT D'URGENCE EN NOUVELLE-CALÉDONIE* EN PARALLÈLE DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ**

Le contrôle de constitutionnalité des lois promulguées à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui les modifient, complètent ou affectent leur domaine a connu un développement quantitatif et qualitatif sans précédent depuis août 2012. Visiblement, la jurisprudence de 1985 présente toujours une utilité pour le Conseil constitutionnel dans l'exercice de ses compétences, en dépit de la mise en place de la QPC (A). On peut penser que, outre les circonstances propres à chaque espèce, c'est principalement la prise en considération de cette utilité qui a conduit les membres du Conseil à multiplier récemment le recours à cette jurisprudence. Mais, insatisfaits des limites dans lesquelles leurs prédécesseurs avaient cantonné son utilisation, ils ont apporté des modifications substantielles au contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée (B).

### **A. L'utilité persistante du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée**

Avant la décision du 9 août 2012, un doute subsistait quant à la pérennité de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* sous l'ère de la QPC. Depuis l'adoption de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, elle n'avait connu aucune application positive alors que le rythme des saisines dans le contrôle *a priori* n'avait pas diminué. On comptait seulement une décision en date du 22 octobre 2009 dans laquelle le Conseil constitutionnel, en réponse à un grief soulevé par les auteurs de la saisine, écartait son application au motif que les conditions de sa mise en œuvre n'étaient pas remplies<sup>27</sup>. Mais, à l'époque, la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution n'avait pas encore été adoptée par le Parlement<sup>28</sup>. En outre, et surtout, la mise en place de la QPC le

---

<sup>25</sup> CC, n° 2012-656 DC, préc. ; n° 2013-669 DC, préc.

<sup>26</sup> CC, n° 99-410 DC, préc.

<sup>27</sup> CC, n° 2009-591 DC, 22 oct. 2009, *Loi tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence*, Rec., p. 187.

<sup>28</sup> Loi organique n° 2009-1523 du 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, *JORF*, 11 déc. 2009, p. 21379.

1<sup>er</sup> mars 2010 pouvait apparaître comme privant d'utilité le recours au contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée dans le cadre du contrôle *a priori*. Pourtant, en regardant de plus près, les raisons ne manquaient pas aux membres du Conseil pour faire resurgir cette technique jurisprudentielle après 2010. D'une part, la jurisprudence « néo-calédonienne » présente toujours un intérêt dans l'accomplissement du contrôle *a priori* des lois (1). D'autre part, le fonctionnement de la procédure de la QPC a contribué à faire apparaître une utilité nouvelle à cette jurisprudence presque trentenaire (2).

## 1. Une technique utile pour l'accomplissement du contrôle *a priori*

7. La jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* permet de corriger une lacune structurelle du contrôle *a priori* lorsque la loi en cours d'examen modifie, au sens large du terme, une loi en vigueur. De manière à se prononcer sur la norme juridique qui résultera, le cas échéant, de la promulgation de la loi dont il est saisi, il est nécessaire pour le Conseil constitutionnel d'examiner l'ensemble législatif constitué de la loi promulguée et de la loi nouvelle. La jurisprudence de 1985 permet en effet de faire porter le contrôle de constitutionnalité « sur le régime juridique en gestation, celui qui résultera de la combinaison de la loi promulguée avec les dispositions dont il faut décider du sort »<sup>29</sup>.

8. Ce point permet de comprendre non seulement que la technique n'ait pas été abandonnée dans le contrôle *a priori* après 2010 mais également qu'elle n'ait pas été transposée au contentieux QPC. Dans la première décision rendue sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, alors que les requérants invoquaient l'application de la jurisprudence « néo-calédonienne » pour contester des dispositions législatives dont le Conseil constitutionnel n'était pas saisi<sup>30</sup>, ce dernier a implicitement conclu à l'impossibilité de sa mise en œuvre dans le nouveau contrôle *a posteriori*. Il a considéré qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur les conclusions des requérants « *dès lors que ces dispositions ne figurent pas dans la question renvoyée par le Conseil d'État* »<sup>31</sup>. Il faut dire que l'utilité de cette transposition y est réduite par le fait que, à l'inverse du contrôle *a priori*, le requérant désigne librement les lois qu'il entend contester. La critique de constitutionnalité de l'auteur de la QPC peut ainsi viser toute disposition législative, quelle que soit sa date d'entrée en vigueur, dès lors qu'elle applicable au litige ou à la procédure ou constitue le fondement des poursuites<sup>32</sup>.

## 2. Une technique utile par rapport à la question prioritaire de constitutionnalité

Contrairement à ce que l'on aurait pu penser, la mise en place de la QPC n'a pas rendu obsolète la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. Au contraire, cette dernière présente dorénavant une utilité renouvelée et ce, à trois égards.

9. En premier lieu, le contrôle prétorien de constitutionnalité par voie d'exception présente, comparativement à la QPC, des avantages pour le juge constitutionnel qui expliquent, pour partie, la persistance de son utilisation. D'une part, la procédure de l'article 61-1 de la Constitution se caractérise par une réglementation assujettie aux règles du droit à

---

<sup>29</sup> J. Meunier, *Le pouvoir du Conseil constitutionnel. Essai d'analyse stratégique*, préface de M. Troper, Bruylant - LGDJ, coll. « La pensée juridique moderne », 1994, p. 281.

<sup>30</sup> Cette transposition fût suggérée par le représentant des requérants dans ses observations écrites et au cours de l'audience publique.

<sup>31</sup> CC, déc. n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010, *Consorts Labane [cristallisation des pensions]*, Rec., p. 91.

<sup>32</sup> Art. 23-2, al. 2, de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

un procès équitable<sup>33</sup>. Par exemple, il incombe au Conseil d'informer préalablement les parties de son intention de soulever d'office un grief d'inconstitutionnalité<sup>34</sup>. En revanche, l'examen de constitutionnalité par voie d'exception accompli à l'occasion du contrôle *a priori* peut être déclenché d'office et secrètement par le juge constitutionnel, dans le cadre d'un contentieux objectif où les formalités procédurales, notamment au regard du principe du contradictoire, sont réduites à peau de chagrin<sup>35</sup>. D'autre part, le champ de la jurisprudence « néo-calédonienne » n'est pas limité aux droits et libertés que la Constitution garantit, à l'inverse de celui de la QPC, même si la portée de cette différence ne doit pas être exagérée<sup>36</sup>.

10. En deuxième lieu, la jurisprudence de 1985 dote le Conseil constitutionnel d'un instrument pour agir sur l'une des conditions de recevabilité de la QPC, tenant à ce que la disposition contestée « *n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances* »<sup>37</sup>. En effet, en déclarant conforme à la Constitution, le cas échéant sous réserve d'interprétation, une loi promulguée examinée par voie d'exception à l'occasion du contrôle *a priori* d'une loi qui la modifie, la complète ou en affecte le domaine, le Conseil peut immuniser cette loi promulguée contre une contestation future par le biais de la procédure de la QPC<sup>38</sup>.

11. En troisième lieu, l'utilisation de la jurisprudence « néo-calédonienne » comporte une dimension stratégique qui ne doit pas être négligée. Elle est une ressource à disposition du Conseil constitutionnel dans l'affrontement qui pourrait l'opposer à des juridictions administratives ou judiciaires refusant de lui renvoyer une disposition législative dont la constitutionnalité lui paraît douteuse. Ce contrôle par voie d'exception lui permet en effet de « court-circuiter » un refus de transmission d'une QPC dans la mesure où il peut décider de contrôler une loi promulguée sans y avoir été invité par un requérant ou un juge. Les seules limites tiennent aux conditions de mise en œuvre du contrôle incident et, à cet égard, paraissent relativement faibles. D'une part, ces limites sont déterminées exclusivement par la jurisprudence constitutionnelle, le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée dans le contrôle *a priori* n'ayant pas d'autre support normatif que la volonté des juges de la rue de Montpensier. D'autre part, elles sont souverainement appréciées par ces derniers qui, de surcroît, expliquent peu, voire pas du tout, les circonstances de son utilisation.

Si les cas de mise en œuvre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* en 2012 et 2013 ne semblent pas manifester la volonté du Conseil de remettre en cause un refus de transmission, on ne peut ignorer le fait que l'une des dispositions déclarées inconstitutionnelles par le biais de la jurisprudence de 1985 a préalablement fait l'objet d'une QPC devant le Conseil d'État qui avait conclu à son non renvoi. En effet, dans une décision du 23 juillet 2012, il a refusé de transmettre une QPC contestant les dispositions de l'article L. 137-11-1 du code de sécurité sociale qui seront en partie jugées inconstitutionnelles à l'occasion du contrôle de la loi de finances pour 2013<sup>39</sup>, au motif que la QPC ne présentait pas un caractère sérieux<sup>40</sup>. Toutefois, compte tenu des circonstances de l'espèce et de la méthode

---

<sup>33</sup> Sur ce point, v. not. M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2011, p. 267 et s. ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien Lextenso Éditions, coll. « Domat droit public », 9<sup>ème</sup> éd., 2010, p. 262 et s.

<sup>34</sup> Art. 7 du règlement intérieur du 4 févr. 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les QPC.

<sup>35</sup> Sur l'insuffisance du caractère contradictoire de la procédure du contrôle *a priori*, v. not. G. Drago, *Contentieux constitutionnel français*, PUF, coll. « Thémis. Droit », 3<sup>e</sup> éd., 2011, p. 363 et s. ; P. Jan, *Le procès constitutionnel*, LGDJ - Lextenso Éditions, coll. « Systèmes », 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 158 et s.

<sup>36</sup> V. *infra*.

<sup>37</sup> Art. 23-2, al. 3, de l'ordonnance n° 58-1067 (préc.).

<sup>38</sup> V. *infra*.

<sup>39</sup> CC, n° 2012-662 DC, préc., cons. 20 et 21.

<sup>40</sup> CE, n° 359922, 23 juill. 2012, *Association de défense des retraites chapeau et autre*, inédit.

d'évaluation du caractère excessif de l'impôt retenue par le Conseil constitutionnel<sup>41</sup>, la portée du « désaveu » de la Haute juridiction administrative par la Haute juridiction constitutionnelle ne doit pas être exagérée.

## **B. L'utilisation novatrice du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée**

La jurisprudence « néo-calédonienne » n'a pas seulement connu un développement quantitatif à partir d'août 2012, elle a également fait l'objet de plusieurs innovations importantes. Décidé à accentuer son emprise sur les lois en vigueur, le Conseil constitutionnel a interprété de façon extensive les conditions de mise en œuvre de cette technique prétorienne (1) et renforcé la portée de son contrôle incident en enrichissant ses effets (2).

### **1. L'interprétation extensive des conditions de mise en œuvre**

12. Traditionnellement, le Conseil constitutionnel accepte d'examiner la conformité à la Constitution des termes d'une loi promulguée par voie d'exception à condition que la loi déferée sur le fondement de l'article 61 de la Constitution modifie, complète ou affecte son domaine<sup>42</sup>. En revanche, est exclu le contrôle par voie d'exception de la loi promulguée simplement confirmative, c'est-à-dire celle dont le texte déferé ne fait que reprendre les dispositions sans y apporter d'éléments nouveaux<sup>43</sup>. À l'origine, dans le contexte de refus général du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois<sup>44</sup>, cette distinction visait à concilier deux exigences opposées. D'une part, il s'agissait de permettre le contrôle par le Conseil d'une loi en attente de promulgation sans que la loi promulguée qu'elle modifiait, complétait ou affectait n'y fasse obstacle<sup>45</sup>. D'autre part, il importait de préserver l'incontestabilité des lois adoptées par le Parlement à compter de leur promulgation, à laquelle le Constituant n'avait pas entendu apporter de dérogation.

Cet équilibre a été remis en cause en 1999, lorsque le Conseil constitutionnel a manifesté son intention d'étendre le champ d'application de la jurisprudence de 1985 pour contrôler des dispositions simplement confirmatives en adaptant le considérant de principe<sup>46</sup>. Il a jugé que la régularité au regard de la Constitution d'une loi promulguée peut être contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui « affectent son domaine, la complètent ou, même sans en changer la portée, la modifient » de manière à contrôler une disposition promulguée qui était modifiée de façon purement formelle par la loi déferée<sup>47</sup>. Mais

---

<sup>41</sup> Sur ce point, v. not. F. Pezet, « Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises », *Revue de droit fiscal*, 2013, n° 22, p. 25 et s. ; P.-F. Racine, Chronique sous CC, n° 2012-662 DC, 29 déc. 2012, *Loi de finances pour 2013* ; *RFDC*, 2013, p. 437 et s.

<sup>42</sup> Pour une analyse de ces conditions alternatives, v. not. J. Ferstenbert, « Le contrôle, par le Conseil constitutionnel, de la régularité constitutionnelle des lois promulguées », *RDP*, 1991, p. 339 et s., p. 349 et s.

<sup>43</sup> V. Goesel-Le Bihan, « Le non-contrôle par le Conseil constitutionnel de certaines dispositions confirmatives : entre logique imposée et logiques choisies », *RFDC*, 2008, p. 3 et s. ; W. Yeng Seng, art. préc., p. 48-50.

<sup>44</sup> Mise à part l'hypothèse particulière du contrôle opéré sur le fondement de l'article 37, al. 2, de la Constitution.

<sup>45</sup> Sur ce problème posé par la jurisprudence antérieure à 1985, v. not. J.-Y. Cherot, « L'exception d'inconstitutionnalité devant le Conseil constitutionnel (Réflexions sur le système de contrôle préventif de constitutionnalité des lois) », *AJDA*, 1982, p. 59 et s.

<sup>46</sup> CC, déc. n° 99-414 DC, préc. Cette volonté d'extension apparaît, de façon implicite, dans la décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996 relative à la loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française (*Rec.*, p. 43). Sur ce point, v. W. Yeng Seng, art. préc., p. 50-52.

<sup>47</sup> En l'espèce, la loi déferée ne changeait rien au droit positif puisque la phrase de l'article L. 813-2 du code rural selon laquelle « les formations de l'enseignement agricole privé sous contrat peuvent s'étendre de la première année du cycle d'orientation jusqu'à la dernière année de formation de techniciens supérieurs » était remplacée par la formule « les formations de l'enseignement agricole privé sous contrat peuvent s'étendre de la

l'ambition ainsi exprimée d'assurer un contrôle plus large des lois en vigueur fût éphémère car un retour à l'orthodoxie jurisprudentielle est enregistré dès la fin de l'année 2002<sup>48</sup>.

13. En 2012 et 2013, le triptyque « modifie, complète ou affecte le domaine » n'a pas été remanié par le Conseil. Ce sont les applications de la jurisprudence « néo-calédonienne », davantage que la modification mineure d'une autre partie du considérant de principe, qui révèlent la volonté du juge constitutionnel d'étendre à nouveau son champ d'application.

La formule traditionnelle a été légèrement adaptée dès la première décision rendue. Désormais c'est la conformité à la Constitution « d'une loi » et non plus « des termes d'une loi » déjà promulguée qui « peut être appréciée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ». Cette modification, qui n'est pas inédite puisqu'elle avait déjà été opérée à deux reprises dans le passé<sup>49</sup>, ne paraît pas à elle seule très significative. Sans doute fait-elle écho aux débats sur la prise en compte de l'interprétation de la loi dans le contentieux QPC. Depuis octobre 2010, il est acquis que l'objet du contrôle *a posteriori* n'est pas seulement les termes de la loi mais également son interprétation par la jurisprudence<sup>50</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'utilisation de la jurisprudence « néo-calédonienne » dans certaines des décisions précédemment évoquées reflète effectivement la volonté du Conseil de faciliter son utilisation.

14. La mise en œuvre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* dans la décision du 9 août 2012 n'est pas tant révélatrice sur le fond que sur la forme. Sur le fond, il n'y a rien de surprenant à ce que la loi déferée diminuant la rémunération du Président de la République et des ministres soit considérée comme modifiant la loi promulguée relative à la rémunération des membres de l'Exécutif. En l'espèce, la modification était tant formelle que substantielle, c'est-à-dire qu'elle portait à fois sur le texte et la norme juridique.

En revanche, est plus inattendue la pratique consistant à examiner la loi déferée avant et indépendamment de la loi promulguée. En effet, la loi de 2012 n'est pas jugée inconstitutionnelle parce que la loi promulguée qu'elle modifie méconnaît la Constitution ; c'est la loi promulguée qui est *in fine* déclarée inconstitutionnelle « pour les mêmes motifs » que ceux ayant entraîné la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi déferée. Cette façon de procéder paraît atypique si l'on considère que l'examen de la loi promulguée sert avant tout à vérifier la constitutionnalité de la loi soumise au contrôle *a priori*. Ainsi, dans la décision de 1999 ayant donné lieu à la première déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par voie d'exception, le Conseil a d'abord constaté que la loi organique soumise à son contrôle étendait le champ d'application des dispositions de la loi du 25 janvier 1985 instituant une sanction automatique d'incapacité temporaire d'exercer une fonction publique élective<sup>51</sup>. Puis, il a examiné la constitutionnalité de ces dernières dispositions et jugé qu'elles méconnaissaient le principe de nécessité des peines. Enfin, il a décidé « qu'en conséquence », les dispositions litigieuses de la loi organique soumise à son examen devaient être regardées

---

*classe de quatrième du collège jusqu'à la dernière année de formation de techniciens supérieurs* ». Sur ce point, v. not. W. Yeng-Seng, art. préc., p. 52-53.

<sup>48</sup> CC, déc. n° 2002-464 DC, 27 déc. 2002, *Loi de finances pour 2003*, *Rec.*, p. 583, cons. 41. Au total, l'extension jurisprudentielle n'a donné lieu qu'à deux décisions ; la seconde étant la décision n° 99-416 DC (préc.).

<sup>49</sup> CC, déc. n° 97-388 DC, préc. ; déc. n° 99-410 DC, préc.

<sup>50</sup> CC, n° 2010-39 QPC, 6 oct. 2010, *Mmes Isabelle Der-Agopian et Yvonne Barralis [Adoption au sein d'un couple non marié]*, *Rec.*, p. 264. Sur cette question, v. not. D. de Béchillon, « Interprétation : L'interprétation de la Cour de cassation ne peut pas être complètement tenue à l'écart du contrôle de constitutionnalité », *JCP*, 2010, p. 1264 et s. ; P. Deumier, « L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quel(s) juge(s) ? Quelles limites ? », *RTDC*, 2011, p. 90 et s. ; R. Fraisse, « QPC et interprétation de la loi », *LPA*, 2011, n° 89, p. 5 et s. ; J. Roux, « QPC et interprétation jurisprudentielle de dispositions législatives : le conflit entre la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel a-t-il vraiment pris fin ? », *LPA*, 2011, n° 135, p. 8 et s.

<sup>51</sup> CC, n° 99-410 DC, préc.

comme contraires à la Constitution. Dans la décision du 9 août 2012, la chronologie des contrôles est inversée : la loi déferée est d'abord contrôlée, puis vient le tour de la loi promulguée. Ce *modus operandi*, qui sera reproduit dans deux décisions ultérieures<sup>52</sup>, est révélateur d'un changement de perspective dans l'utilisation de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. Celle-ci n'est plus conditionnée par un « rapport d'utilité »<sup>53</sup> entre la loi déferée et la loi promulguée, à savoir que le Conseil ne procéderait à l'examen de la loi promulguée « que s'il est utile au contrôle de la loi déferée »<sup>54</sup>. Ce faisant, cette technique prétorienne apparaît non plus seulement comme un moyen au service de la vérification de la régularité de la loi déferée mais également comme un moyen au service de l'épuration de l'ordonnement juridique.

15. La décision dans laquelle est admise la constitutionnalité sous réserve des emplois d'avenir manifeste de son côté la volonté du Conseil d'étendre le champ d'application de la jurisprudence « néo-calédonienne »<sup>55</sup>. Dans un premier temps, il a formulé une réserve d'interprétation au sujet de l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée instaurant ce nouveau mécanisme d'incitation à l'embauche des personnes jeunes rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi en permettant à leur bénéficiaire de conclure avec leur employeur un contrat d'accompagnement dans l'emploi ou un contrat initiative-emploi. En se fondant sur le principe d'égal accès aux emplois publics proclamé par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, cette réserve exclut que les personnes publiques recourent aux emplois d'avenir dans le cadre de contrats de travail à durée indéterminée<sup>56</sup>.

Comme dans la décision précédente, la jurisprudence de 1985 n'a été mobilisée que dans un second temps. Le Conseil s'est appuyé sur des modifications « infimes », selon l'opinion d'un ancien Secrétaire général de l'institution<sup>57</sup>, de quatre dispositions législatives relatives au régime général des contrats d'accompagnement dans l'emploi pour leur appliquer la même réserve d'interprétation que celle énoncée au sujet des emplois d'avenir. En l'espèce, les articles 7 et 13 de la loi déferée modifiaient de façon mineure, pour le premier, les articles L. 5134-21 et L. 5134-24 du code du travail et, pour le second, les articles L. 322-7 et L. 322-13 du code du travail applicable à Mayotte ayant un contenu similaire aux précédents<sup>58</sup>. Pour le législateur, il s'agissait simplement d'harmoniser la rédaction d'articles relatifs aux deux formes du contrat unique d'insertion que sont le contrat initiative emploi et le contrat d'accompagnement dans l'emploi. Pour le juge constitutionnel, cette modification rédactionnelle a néanmoins permis le déclenchement du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. D'une certaine façon, cette décision semble renouer avec l'extension déjà opérée en 1999, sans toutefois reprendre la modification du considérant de principe réalisée à l'époque<sup>59</sup>. Une modification purement formelle de la loi promulguée permet au Conseil de déclencher le contrôle par voie d'exception et ainsi d'étendre son emprise sur les lois en vigueur.

---

<sup>52</sup> CC, n° 2012-656 DC, préc. ; n° 2013-667 DC, préc.

<sup>53</sup> J. Ferstenbert, art. préc., p. 368.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 369.

<sup>55</sup> CC, n° 2012-656 DC, préc.

<sup>56</sup> Sur cette réserve, v. not. F. Melleray, « Emplois d'avenir et Constitution », *AJDA*, 2013, p. 119 et s.

<sup>57</sup> B. Genevois, « Un exemple de l'influence du contrôle *a posteriori* sur le contrôle *a priori* : l'application de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », *RFDA*, 2013, p. 1 et s., p. 3.

<sup>58</sup> Au début du premier alinéa de l'article L. 5134-21 du code du travail, les mots : « Les conventions ouvrant droit au bénéfice du contrat d'accompagnement dans l'emploi peuvent être conclues avec » sont remplacés par les mots : « Les aides à l'insertion professionnelle au titre d'un contrat d'accompagnement dans l'emploi peuvent être accordées aux employeurs suivants ». À l'article L. 5134-24 du même code, les mots : « une convention individuelle de » sont remplacés par les mots : « une aide à l'insertion professionnelle attribuée au titre d'un ».

<sup>59</sup> V. *supra*.

16. Les décisions relatives à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 et à la loi de finances pour 2013 sont plus significatives encore de la volonté du Conseil d'élargir le champ d'application de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*<sup>60</sup>. Non seulement il examine des dispositions promulguées qui ne sont pas formellement modifiées, complétées ou directement affectées par la loi déferée, mais la déclaration d'inconstitutionnalité de ces dispositions ne se conclut pas par une censure de la loi déferée.

S'agissant de la première décision, l'article 11 de la loi déferée supprimait le plafonnement des cotisations sociales des travailleurs non salariés non agricoles et, ainsi, réaménageait le régime des cotisations dues par ces travailleurs au titre du régime d'assurance maladie et maternité<sup>61</sup>. À l'initiative des députés requérants, le Conseil a examiné l'incidence de ces dispositions sur le second alinéa de l'article L. 131-9 du code de la sécurité sociale qui soumet à des taux particuliers de cotisations sociales les assurés d'un régime français d'assurance maladie qui ne remplissent pas les conditions de résidence en France ainsi que ceux qui sont exonérés en tout ou partie d'impôts directs au titre de leurs revenus d'activité ou de remplacement en application d'une convention ou d'un accord international. Bien que cet alinéa ne soit pas formellement visé par la loi déferée, le Conseil a considéré que « *les dispositions contestées de l'article 11 ont pour effet d'affecter le domaine d'application des dispositions de la deuxième phrase du second alinéa de l'article L. 131-9 du code de la sécurité sociale* » (cons. 14), en prenant appui sur le fait que « *les dispositions contestées modifient les règles d'assiette des cotisations d'assurance maladie des travailleurs indépendants non agricoles* » (*idem*). Puis, il a jugé « *qu'en soumettant à un régime dérogatoire de taux de cotisations certains des assurés d'un régime français d'assurance maladie, la deuxième phrase du second alinéa de l'article L. 131-9 du code de la sécurité sociale crée une rupture d'égalité entre les assurés d'un même régime qui ne repose pas sur une différence de situation en lien avec l'objet de la contribution sociale ; que, par suite, les dispositions de la deuxième phrase du second alinéa de l'article L. 131-9 du code de la sécurité sociale doivent être déclarées contraires à la Constitution* » (cons. 15). En revanche, les dispositions de l'article 11 de la loi déferée ont été validées.

Pour le Président Bruno Genevois, « la démarche adoptée traduit une conception très extensive de la façon dont une loi nouvelle peut affecter le domaine d'une loi promulguée. Au cas considéré, la loi nouvelle ne modifie en rien le contenu de l'article L. 131-9 du code de la sécurité sociale et la censure prononcée ne vise pas le déplafonnement résultant de la loi déferée »<sup>62</sup>. Pour la première fois, la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi promulguée ne conduit en effet pas à censurer la disposition législative en attente de promulgation ayant permis la mise en œuvre du contrôle par voie d'exception. Dans la décision du 13 décembre 2012, c'est la loi déferée qui rend la loi promulguée inconstitutionnelle et non pas l'inverse, comme en 1999.

Une situation similaire se retrouve dans la décision portant sur la loi de finances pour 2013. À l'occasion de l'examen de son article 3 instaurant une nouvelle tranche de taxation à l'impôt sur le revenu à 45 % de la fraction des revenus supérieure à 150000 euros par part, le juge constitutionnel a évalué l'incidence de la création de cette nouvelle tranche d'imposition sur la charge fiscale globale pesant sur la catégorie particulière de revenus que sont les rentes versées dans le cadre des régimes de retraite à prestations définies assujetties aux contributions prévues par les articles L. 131-11 et L. 131-11 du code de la sécurité sociale, plus connues sous le nom de « retraites chapeaux ». À cet égard, il a observé « *que le taux marginal maximal d'imposition pesant sur les rentes versées dans le cadre des régimes de*

---

<sup>60</sup> CC, n° 2012-659 DC, préc. ; n° 2012-662 DC, préc.

<sup>61</sup> Sur cette réforme, v. not. X. Prétot, « LFSS pour 2013 : présentation générale », *JCP G*, 2013, 1001, § 16.

<sup>62</sup> B. Genevois, « Un exemple de l'influence du contrôle *a posteriori* sur le contrôle *a priori* : l'application de la jurisprudence État d'urgence en Nouvelle-Calédonie », préc., p. 3.

*retraite à prestations définies est porté, par suite de la modification prévue par l'article 3 et après prise en compte de la déductibilité d'une fraction de la contribution sociale généralisée ainsi que d'une fraction de la contribution prévue par l'article L. 137-11-1 du code de la sécurité sociale de l'assiette de l'impôt sur le revenu, à 75,04 % pour les rentes perçues en 2012 et à 75,34 % pour les rentes perçues à compter de 2013 » (cons. 19) et conclut « que ce nouveau niveau d'imposition fait peser sur les contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives ; qu'il est contraire au principe d'égalité devant les charges publiques » (idem).*

Entre alors en scène la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* pour permettre au Conseil de déclarer contraire à la Constitution, non pas l'article 3 de la loi déferée, mais les dispositions de l'article L. 137-11-1 fixant le taux marginal d'imposition des retraites chapeaux à 21 % pour la part de ces retraites supérieure à 24 000 € par mois. Voici la façon dont le Conseil justifie le recours au contrôle de constitutionnalité par voie d'exception : « *considérant (...) qu'en l'espèce, l'augmentation du taux marginal maximal d'imposition au barème de l'impôt sur le revenu prévue par l'article contesté a pour effet, par sa combinaison, notamment avec l'application du taux marginal maximal de la contribution prévue par l'article L. 137-11-1 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction résultant de la loi n° 2011-1978 du 28 décembre 2011 susvisée, de modifier la portée du taux marginal de cette imposition au regard des facultés contributives des contribuables ; que, par suite, l'article 3 de la loi déferée doit être regardé comme affectant le domaine d'application des dispositions de l'article L. 137-11-1 du code de la sécurité sociale » (cons. 20).*

Ainsi que l'expliquent les services du Conseil, « cette décision souligne qu'au sens de la jurisprudence néo-calédonienne, une disposition relative à l'assiette ou au taux d'une imposition de toute nature est considérée comme affectant le domaine d'application d'une autre disposition fiscale dès lors que l'examen conjoint des deux impositions conduit le Conseil constitutionnel à constater la méconnaissance du principe d'égalité devant les charges publiques »<sup>63</sup>. Cette solution n'est certes pas dénuée de lien avec la logique de la jurisprudence de 1985 qui vise à permettre le contrôle de la situation normative qui résultera de la promulgation de la loi déferée. Toutefois, elle s'en éloigne à deux égards.

D'une part, le considérant de principe matérialisant le recours au contrôle de constitutionnalité par voie d'exception est mentionné non pas pour déclencher l'examen du contenu de la loi promulguée mais, après cet examen, pour permettre de le déclarer inconstitutionnel. La finalité du contrôle par voie d'exception paraît en quelque sorte s'être déplacée de la recevabilité du contrôle de la loi promulguée à la possibilité de la sanction de celle-ci. L'explication susmentionnée illustre bien le changement réalisé par le juge constitutionnel : l'examen de constitutionnalité de la loi promulguée et de la loi déferée précède le constat de la réalisation des conditions du recours à la jurisprudence « néo-calédonienne ». Finalement, cette jurisprudence semble, en l'espèce, conditionner le prononcé de la sanction de la loi promulguée davantage que son examen<sup>64</sup>.

D'autre part, à l'instar de la décision précédente, la loi déferée n'est pas déclarée inconstitutionnelle, seule la loi promulguée l'est. Au total, la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* peut donc donner lieu à une censure du juge constitutionnel dans trois hypothèses, dont deux étaient inédites avant 2012. En premier lieu, lorsque la loi déferée n'est

---

<sup>63</sup> <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juin-2013-contrôle-des-lois-déjà-en-vigueur-a-l'occasion-du-contrôle-a-priori-des-lois.137208.html>.

<sup>64</sup> Un raisonnement similaire figure dans la décision n° 2013-669 DC (préc.) dans laquelle la jurisprudence « néo-calédonienne » est mobilisée, après l'examen du contenu des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles, pour permettre de prononcer à leur sujet une réserve d'interprétation. Cela conduit donc à penser que le raisonnement adopté dans la décision n° 2012-662 DC n'est pas cantonné à la matière fiscale.

pas, en elle-même, contraire à la Constitution mais qu'elle modifie, complète ou affecte le domaine d'une loi promulguée qui est inconstitutionnelle *ab initio*, la première est en quelque sorte « contaminée » par la seconde. Dans ce cas de figure, réalisé en 1999, les deux lois sont déclarées contraires à la Constitution. En deuxième lieu, lorsque la loi déférée est inconstitutionnelle *per se* et qu'elle modifie complète ou affecte le domaine d'une loi promulguée qui est inconstitutionnelle pour le même motif, le Conseil censure les deux lois, comme il l'a fait à propos de la rémunération du Chef de l'État et des ministres. En troisième lieu, lorsque la loi déférée n'est pas inconstitutionnelle, qu'elle modifie, complète ou affecte le domaine d'une loi promulguée qui n'était pas inconstitutionnelle mais que la combinaison de ces lois conduit à une situation inconstitutionnelle, le Conseil choisit de censurer la loi promulguée, ainsi que l'illustrent les deux décisions précédemment évoquées. Il reste à savoir si, dans le même cas de figure, d'autres circonstances pourraient inciter le Conseil à censurer la loi déférée au lieu de la loi promulguée. Dans la mesure où l'atteinte à la sécurité juridique est sensiblement plus forte lorsque le juge constitutionnel cible une loi en vigueur que lorsqu'il vise la loi non promulguée, il y a tout lieu de le souhaiter.

17. Enfin, l'utilisation de la jurisprudence « néo-calédonienne » lors de l'examen de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe illustre également la tendance récente de la jurisprudence constitutionnelle à admettre un « rapport de solidarité »<sup>65</sup> entre la loi déférée et la loi promulguée de plus en plus ténue pour faciliter l'accomplissement du contrôle par voie d'exception. Après l'énoncé du considérant de principe, le Conseil a affirmé sans plus de précision que les « *dispositions contestées affectent le domaine des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles* »<sup>66</sup>. Le laconisme du juge constitutionnel est, comme d'habitude, source d'interrogations. Dans le considérant précédent, il est mentionné que les dispositions de la loi déférée « *ne soustraient pas les couples de personnes de même sexe aux règles, conditions et contrôles institués en matière de filiation adoptive ; (...) qu'il n'est pas davantage dérogé à la règle, fixée par le premier alinéa de l'article L. 225-2 du code de l'action sociale et des familles (...); que s'appliquent également les dispositions de son article L. 225-17 (...); qu'ainsi, les couples de personnes de même sexe qui désirent adopter un enfant seront soumis, comme ceux qui sont formés d'un homme et d'une femme, à une procédure destinée à constater leur capacité à accueillir un enfant en vue de son adoption* ». Est-ce à dire que le simple fait que la loi déférée ne déroge pas aux dispositions législatives en vigueur autorise le juge constitutionnel, le cas échéant, à exciper de leur inconstitutionnalité ? Si tel est le cas, ce sont potentiellement l'ensemble des règles législatives relatives à l'adoption qui pourraient passer au crible du contrôle incident de constitutionnalité. La condition tenant à « l'affectation du domaine de la loi promulguée », qui avant 2012 déjà ne brillait pas d'une étonnante clarté, en ressort plus imprécise encore.

18. En définitive, ces décisions révèlent, à différents titres, l'intention du Conseil constitutionnel de faciliter la mise en œuvre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. Conjuguée au renforcement des effets du contrôle accompli par voie d'exception, cela montre le profond renouvellement qu'a connu cette jurisprudence depuis la mise en place de la QPC.

## 2. Le renforcement de la portée du contrôle

Parmi les innovations apportées en 2012 et 2013 à la jurisprudence de 1985, trois illustrent plus particulièrement la volonté du juge constitutionnel d'accentuer sensiblement la portée du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception.

---

<sup>65</sup> J. Ferstenbert, art. préc., p. 370.

<sup>66</sup> CC, n° 2013-669 DC, préc., cons. 53.

19. Tel est le cas, d'abord, du recours à la technique de la déclaration de conformité sous réserve opéré dans la décision rendue sur la loi portant création des contrats d'avenir et répété dans la décision relative à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Cette technique prétorienne, apparue dans le contrôle *a priori*, permet au Conseil de valider une disposition soumise à son examen en lui donnant une signification conforme aux exigences constitutionnelles<sup>67</sup>. Dans la première décision, c'est pour garantir le respect du principe d'égal accès aux emplois publics que la Haute instance a prononcé une interprétation neutralisante de quatre dispositions législatives codifiées relatives au régime des contrats d'accompagnement dans l'emploi<sup>68</sup>. Dans la seconde décision, c'est dans le dessein d'assurer le respect du droit de mener une vie familiale normale qu'elle a formulé une interprétation directive des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles relatifs à l'adoption<sup>69</sup>.

Il s'agit d'une première pour le Conseil qui, dans sa mise en œuvre de la jurisprudence « néo-calédonienne », avait jusqu'à présent jugé la loi promulguée soit conforme à la Constitution soit contraire à celle-ci. Cependant, l'importance de cette innovation doit être relativisée. D'une part, le Conseil a déjà formulé une réserve d'interprétation au sujet d'une loi promulguée. La décision du 15 janvier 2002 sur la loi de modernisation sociale comporte une réserve d'interprétation destinée à s'appliquer aux articles 24 à 31 de la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dont le contenu était similaire à celui de dispositions dont le Conseil était effectivement saisi et qui avaient, lors de leur adoption, échappé au contrôle *a priori*<sup>70</sup>.

D'autre part, la technique prétorienne des réserves d'interprétation est couramment utilisée par le juge constitutionnel français et sa transposition au contentieux QPC, acquise dès les premières décisions rendues<sup>71</sup>, atteste son acclimatation facile au contrôle des lois promulguées<sup>72</sup>. On remarquera d'ailleurs que, s'inspirant d'une pratique initiée dans le cadre de l'article 61-1 de la Constitution<sup>73</sup>, le Conseil a reporté dans le temps l'effet de sa réserve

---

<sup>67</sup> V. not. Th. Di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions « interprétatives » en France et en Italie*, préface de L. Favoreu, Economica, coll. « Droit public positif », 1997, *passim* ; A. Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, préface de D. Rousseau, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 92, 1999, *passim*.

<sup>68</sup> V. *supra*.

<sup>69</sup> En l'espèce, le Conseil a énoncé « *que les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » (cons. 53).

<sup>70</sup> Après avoir observé que les articles de la loi déferée, prévoyant que la composition des jurys concourt à une représentation équilibrée entre les femmes et les hommes « *reprentent la formulation retenue par la loi susvisée du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle* », le Conseil affirme qu'ils « *ne fixent qu'un objectif de représentation équilibrée entre les femmes et les hommes ; qu'ils n'ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de faire prévaloir, lors de la constitution de ces jurys, la considération du genre sur celle des compétences, des aptitudes et des qualifications* » (CC, n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, *Loi de modernisation sociale*, *Rec.*, p. 49, cons. 115 ; *AJDA*, 2003, p. 825 et s., note P. Cassia ; *AJDA*, 2003, p. 820 et s., note Th. Di Manno ; *RFDC*, 2002, p. 422 et s., chron. L. Gay ; *AJDA*, 2003, p. 817 et s., note F. Lichaire et A. Viala ; *D.*, 2003, p. 1507 et s., note B. Mathieu ; *DS*, 2002, n° 3, p. 244 et s., note X. Prétot ; *LPA*, 21 janv. 2002, n° 15, p. 3 et s., note J.-É. Schoettl).

<sup>71</sup> CC, n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *Époux Lloret [Faute inexcusable de l'employeur]*, *Rec.*, p. 117.

<sup>72</sup> Ce que, au demeurant, enseignent également les expériences étrangères du contrôle *a posteriori*. V. not. Th. Di Manno, thèse préc., *passim*.

<sup>73</sup> La modulation dans le temps des effets d'une réserve d'interprétation a, jusqu'à présent, été effectuée à trois reprises : CC, n° 2010-62 QPC, 17 déc. 2010, *M. David Makhout [Détenition provisoire : procédure devant le juge des libertés et de la détention]*, *Rec.*, p. 400, cons. 7 ; n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, 18 nov. 2011, *Mme Élise Arfi et autres [Garde à vue II]*, *Rec.*, p. 544, cons. 20 ; n° 2012-257 QPC, 18 juin 2012, *Société Olano Carla et autre [Convocation et audition par OPJ en enquête préliminaire]*, *JORF*, 19 juin 2012, p. 10181, cons. 9.

d'interprétation portant sur les contrats d'accompagnement dans l'emploi, en précisant que celle-ci, rétroactive en principe, est seulement « *applicable aux contrats conclus postérieurement à la publication de la présente décision* »<sup>74</sup>.

20. Tel est d'ailleurs, plus généralement, l'objet de la deuxième innovation apportée par le Conseil à la jurisprudence de 1985 en vue de renforcer la portée de son contrôle des lois promulguées. À deux reprises, il a précisé les conditions d'application dans le temps des effets du contrôle de constitutionnalité accompli par voie d'exception. Outre la décision précédente, il a jugé dans la décision portant sur la loi relative à la sécurisation de l'emploi que, si la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale « *prend effet à compter de la publication de la décision* », elle n'est « *toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication, et liant les entreprises à celles qui sont régies par le code des assurances, aux institutions relevant du titre III du code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du code de la mutualité* »<sup>75</sup>. En usant d'une prérogative que l'article 62, alinéa 2, de la Constitution lui attribue dans le cadre de la QPC<sup>76</sup>, le Conseil a ainsi manifesté l'influence que cette dernière procédure a pu avoir sur l'évolution de la jurisprudence « *néo-calédonienne* ».

21. La troisième innovation apportée à la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, peut-être la plus significative, réside dans la rédaction du dispositif de la décision du juge constitutionnel. Pour la première fois, celui-ci mentionne dans un article spécifique le sort des dispositions déclarées, selon la décision, inconstitutionnelles ou conformes à la Constitution sous réserve d'interprétation. Par exemple, l'article 3 du dispositif de la décision du 9 août 2012 affirme que : « *le paragraphe I de l'article 14 de la loi n° 2002-1050 du 6 août 2002 de finances rectificative pour 2002 est contraire à la Constitution* ». De leur côté, les articles 1<sup>er</sup> et 2 du dispositif sont consacrés respectivement à la déclaration d'inconstitutionnalité et de conformité de certaines dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil. L'issue du contrôle incident de la loi promulguée reçoit donc un traitement similaire à celui du contrôle principal de la loi déferée. Le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception aspire désormais à bénéficier d'une véritable effectivité<sup>77</sup>.

Cette dernière innovation symbolise, autant qu'elle signifie, la volonté du juge constitutionnel de faire évoluer la finalité de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. S'agit-il d'un approfondissement ou d'une mutation de la logique initiale de cette technique prétorienne ? Il est difficile de le savoir car l'intention originelle des membres du Conseil n'est pas claire. Lors du délibéré précédent l'adoption de la décision de 1985, aucun débat n'a eu lieu sur le principe ni sur les conditions de mise en œuvre du contrôle d'une loi promulguée<sup>78</sup>. En revanche, à la lumière de l'ensemble des innovations réalisées, l'orientation de la jurisprudence récente n'est pas douteuse.

La conception restrictive de la jurisprudence « *néo-calédonienne* », qui la cantonne à permettre l'examen d'une loi promulguée pour que puisse être contrôlé l'ensemble normatif qui, le cas échéant, résulterait de sa promulgation, semble abandonnée. On ne peut plus soutenir que « *si le Conseil s'autorise à examiner la constitutionnalité des dispositions législatives déjà promulguées, c'est uniquement pour mettre en cause la loi non promulguée* ».

---

<sup>74</sup> CC, n° 2012-656 DC, préc., cons. 19.

<sup>75</sup> CC, n° 2013-672 DC, préc., cons. 14.

<sup>76</sup> « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ».

<sup>77</sup> Les effets précis de cette innovation demeurent toutefois relativement flous (v. *infra*).

<sup>78</sup> X. Philippe, A. Vidal-Naquet, O. Le Bot, « Les délibérations du Conseil constitutionnel – Année 1985 », NCCC, n° 33, 2011, p. 85 et s., p. 102.

qui lui est soumise»<sup>79</sup>. C'est bien une conception extensive de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, dans laquelle le sort de la loi promulguée devient une fin en soi, qui a été retenue en 2012 et 2013. Mais se pose alors la question de savoir si les conditions de mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception, dégagées à l'époque où la conception restrictive dominait, sont toujours adaptées ou bien si le triptyque traditionnel ne devrait pas être rénové pour suivre la nouvelle finalité. Quoi qu'il en soit, le Conseil constitutionnel a érigé la jurisprudence « néo-calédonienne » en technique de contrôle de constitutionnalité des lois promulguées concurrente de la procédure de la QPC. Non seulement elles permettent toutes deux d'obtenir des résultats similaires, mais elles peuvent s'exclure l'une l'autre par le jeu de leurs effets réciproques.

## **II. L'ARTICULATION DE LA JURISPRUDENCE *ÉTAT D'URGENCE EN NOUVELLE-CALÉDONIE* ET DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ**

La cohabitation de deux contrôles de constitutionnalité des lois promulguées, en dépit de leurs particularités procédurales respectives, conduit à s'interroger sur leur interaction. À cet égard, on peut se demander si les déclarations de conformité à la Constitution ou de non conformité rendues par voie d'exception et celles prononcées dans le cadre de la QPC sont susceptibles d'entraver l'exercice d'un nouvel examen par le biais du contrôle concurrent. Autrement dit, une loi promulguée examinée au titre de l'un des contrôles pourra-t-elle dans l'avenir faire l'objet de l'autre voie de contrôle par le juge constitutionnel ?

Pour l'instant, la jurisprudence est davantage source d'interrogations, voire de difficultés, que de solutions. Si les conséquences des décisions QPC sur la faculté de recourir au contrôle de constitutionnalité par voie d'exception des lois promulguées dans le contrôle *a priori* semblent néanmoins relativement prévisibles (A), tel n'est pas le cas des incidences de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* sur la recevabilité d'une QPC (B).

### **A. Les conséquences d'une décision QPC sur l'utilisation du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée**

Lorsqu'elles statuent sur le fond du recours, les décisions rendues sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution peuvent, à l'instar de celles prononcées dans le cadre de l'article 61 de la Constitution, conclure soit à la conformité de la disposition législative à la Constitution, le cas échéant sous réserve d'interprétation, soit à sa non conformité.

S'agissant de l'incidence d'une décision QPC sur la faculté du juge constitutionnel de contrôler une loi promulguée par voie d'exception, la solution paraît plus ou moins prévisible selon les cas. En toute logique, une déclaration de non conformité entraîne l'impossibilité, sinon l'inutilité, de recourir à la jurisprudence « néo-calédonienne » (1). Est plus discutée l'incidence d'une déclaration de conformité sur la faculté de mettre en œuvre dans l'avenir cette jurisprudence (2).

#### **1. La conséquence logique d'une déclaration de non conformité**

**22.** Les déclarations de non conformité prononcées par le Conseil constitutionnel au terme de la procédure de la QPC ont un effet absolu et définitif puisque, selon l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, « *une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil*

---

<sup>79</sup> L. Favoreu, L. Philip et *alii*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 16<sup>e</sup> éd., 2011, p. 471. *Adde* L. Favoreu, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel (mars 1983-mars 1986), *RDP*, 1986, p. 395 et s., § 21.

*constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision* ». Dans ces conditions, l'incidence d'une décision d'inconstitutionnalité sur l'utilisation de la jurisprudence « néo-calédonienne » ne fait apparemment pas de doute. Il convient cependant de distinguer suivant le moment de l'abrogation.

23. Dans le cas où la juridiction de la rue de Montpensier prononce l'abrogation immédiate de la disposition jugée inconstitutionnelle, la solution semble évidente : la disposition législative supprimée de l'ordonnancement juridique ne peut pas faire l'objet d'un nouveau contrôle de constitutionnalité puisqu'elle n'existe plus.

Toutefois, il est un cas de figure dans lequel la mise en œuvre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* paraît envisageable. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle, après l'abrogation d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, le législateur adopte une nouvelle loi dont l'objet consiste à modifier pour le passé la disposition abrogée. Puisqu'elle n'a pas été supprimée rétroactivement, la disposition jugée inconstitutionnelle est susceptible de continuer à recevoir une application pour les situations juridiques constituées antérieurement à la décision prononçant l'abrogation. Dès lors, étant donné qu'il n'existe pas un principe général prohibant la rétroactivité de la loi<sup>80</sup>, rien ne s'oppose à ce que le législateur décide de modifier le droit antérieur, par exemple, dans le but de le rendre conforme à la Constitution. Si les conditions de mise en œuvre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* sont satisfaites, un examen de constitutionnalité par voie d'exception de la disposition abrogée est alors concevable.

24. Dans le cas où c'est l'abrogation différée de la disposition inconstitutionnelle qui est décidée, la possibilité d'un contrôle par la voie « néo-calédonienne » est, en dehors de l'hypothèse exceptionnelle qui vient d'être envisagée, improbable. Mais reste à savoir si ce contrôle est impossible. Certes, on peut penser que tant que la disposition litigieuse demeure en vigueur, rien n'interdit au Conseil d'examiner sa constitutionnalité par voie d'exception à l'occasion du contrôle d'une loi en attente de promulgation qui modifie, complète ou affecte son domaine. Mais, confronté à une demande de mise en œuvre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, le Conseil pourrait choisir d'adopter une solution différente. Il pourrait refuser ce contrôle incident en appliquant aux rapports chronologiques entre la QPC et le contrôle *a posteriori* par voie d'exception la même règle que celle qui vaut pour l'articulation entre deux QPC successives contestant une disposition identique. Dans l'hypothèse où l'inconstitutionnalité de cette disposition a été prononcée dans une première affaire mais son abrogation n'est pas encore acquise, le Conseil juge qu'il n'y a pas lieu de statuer dans la seconde affaire et rejette la conclusion du requérant sans examiner au fond la demande<sup>81</sup>. Dès lors, un raisonnement par analogie pourrait conduire le juge constitutionnel à opposer à la demande de mise en œuvre de la jurisprudence « néo-calédonienne » un non-lieu à statuer ; ce qui contribuerait, soit dit en passant, à rapprocher le régime contentieux des deux contrôles de constitutionnalité des lois promulguées.

## 2. La conséquence probable d'une déclaration de conformité

25. Pour identifier la conséquence d'une déclaration de conformité contenue dans une décision QPC sur la faculté de recourir à la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, il convient de bien cerner l'autorité de chose jugée attachée à ce type de décision.

---

<sup>80</sup> Sur cette question, v. not. S. Ferrari, *La rétroactivité en droit public français*, thèse dact., Université Paris II, 2011, 2 t., 978 p., p. 387 et s.

<sup>81</sup> CC, n° 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC, 6 août 2010, *M. Miloud Khassani et autres [Garde à vue]*, *Rec.*, p. 215 (à propos de dispositions du code de procédure pénale jugées inconstitutionnelles et dont l'abrogation a été fixée au 1<sup>er</sup> juillet 2011 dans la décision n° 2010-14/22 QPC, 30 juill. 2010, *M. Daniel Waldburger et autres [Garde à vue]*, *Rec.*, p. 179.

À l'inverse des déclarations de non-conformité, l'effet des déclarations de conformité n'est pas entièrement défini par l'article 62 de la Constitution, ni même par l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. De façon générale, le troisième alinéa de l'article 62 se borne à poser le principe d'une autorité absolue des décisions du Conseil « *qui ne sont susceptibles d'aucun recours [... et qui] s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Mais si l'autorité *erga omnes* de ces décisions est acquise, il reste à savoir ce que recouvre précisément la chose jugée par le Conseil dans l'hypothèse où il rejette le recours, autrement dit où il juge la disposition conforme à la Constitution. Pour répondre à cette question, il importe de déterminer si la sentence du juge constitutionnel vaut « brevet » de constitutionnalité, c'est-à-dire si elle garantit que l'intégralité des normes de référence du contrôle a été prise en compte<sup>82</sup>. Dans l'affirmative, tout soupçon d'inconstitutionnalité ayant disparu, un nouveau contrôle du juge constitutionnel n'est plus possible en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à la déclaration de conformité. Seul un changement important des circonstances dans lesquelles la décision a été rendue, par exemple une révision constitutionnelle, pourra écarter l'obstacle de la chose jugée et ainsi permettre un nouvel examen de constitutionnalité<sup>83</sup>.

Dans le contrôle *a priori*, la question de savoir si une déclaration de conformité vaut brevet de constitutionnalité a connu des réponses différentes selon les époques, suivant les évolutions jurisprudentielles<sup>84</sup>. Dans le contrôle *a posteriori* prévu par l'article 61-1 de la Constitution, la jurisprudence a été fixée dès le 28 mai 2010, date à laquelle la première déclaration de conformité a été rendue par le Conseil constitutionnel<sup>85</sup>. Par cette décision, il a fait savoir qu'il entendait délivrer un brevet de conformité lorsqu'il rejette au fond le recours. En d'autres termes, une disposition législative déclarée conforme à la Constitution l'est au regard de l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis et pas seulement ceux dont la méconnaissance a été expressément examinée dans les motifs de la décision.

26. Dès lors, il est probable que l'autorité de chose jugée dont bénéficie une déclaration de conformité, le cas échéant sous réserve d'interprétation, fasse obstacle à l'utilisation de la jurisprudence « néo-calédonienne », de la même façon qu'elle s'oppose, en principe, à la recevabilité d'une nouvelle QPC contestant la même disposition.

Évidemment, l'obstacle de la chose jugée ne vaut que pour la même disposition législative. Aussi, l'examen par le juge constitutionnel d'une autre disposition, substantiellement ou formellement différente, demeure possible. Ceci explique que le Conseil a accepté d'examiner la constitutionnalité par voie d'exception des dispositions de l'article L. 137-11-1 du code de la sécurité sociale<sup>86</sup> alors même qu'il avait déclaré cet article conforme à la Constitution dans une décision QPC en date du 13 octobre 2011<sup>87</sup>. Dans cette dernière affaire, c'est une version antérieure et différente de l'article qui était contestée.

---

<sup>82</sup> Deux précisions s'imposent. D'une part, la notion de brevet de constitutionnalité ou de conformité est ici entendue par rapport à l'étendue des normes de référence du contrôle et non l'étendue des dispositions de l'acte contrôlé (dans ce second sens, v. not. G. Drago, *op. cit.*, p. 392). D'autre part, l'octroi d'un tel brevet ne signifie pas que le Conseil constitutionnel est obligé d'envisager explicitement tous les griefs de constitutionnalité dans sa décision, il peut rejeter par préterition ceux non fondés. Le choix de délivrer un brevet de constitutionnalité est alors exprimé par le dispositif de la décision complété, le cas échéant, par le dernier considérant, dit « considérant balai », qui précise l'étendue de l'examen opéré.

<sup>83</sup> Sur cette question, v. not. C.-É. Sénac, *L'office du juge constitutionnel français. Contribution à l'analyse du contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives et judiciaires*, thèse dact., Université Paris II, 2010, 687 p., p. 514 et s.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 480 et s.

<sup>85</sup> CC, n° 2010-3 QPC, 28 mai 2010, *Union des familles en Europe [Associations familiales]*, *Rec.*, p. 97.

<sup>86</sup> CC, n° 2012-662 DC, préc.

<sup>87</sup> CC, n° 2011-180 QPC, 13 oct. 2011, *M. Jean-Luc Ourgaud et autres [Prélèvement sur les « retraites chapeau »]*, *Rec.*, p. 498.

27. Toutefois, s'il est probable que l'autorité de la chose jugée d'une décision QPC empêche la mise en œuvre de la jurisprudence « néo-calédonienne » à l'encontre d'une disposition législative qu'il a déclarée conforme à la Constitution, une telle solution ne va pas de soi. Sa pertinence peut être discutée dès lors que sont en cause deux contentieux constitutionnels différents : l'un fondé sur l'article 61-1 de la Constitution et dont le champ des normes de référence est borné aux « *droits et libertés que la Constitution garantit* », l'autre exercé dans le cadre de l'article 61 de la Constitution et dont le champ des normes de référence est plus large puisqu'il inclut en plus, notamment, des règles de procédure et de compétence.

Le brevet de conformité délivré par une décision QPC ne signifie pas que l'intégralité des normes constitutionnelles soit respectée par la disposition examinée. Il permet seulement de garantir le respect des droits et libertés constitutionnellement garantis. Dans ces conditions, est-il opportun d'admettre qu'une déclaration de conformité prononcée sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution immunise *ipso facto* la disposition législative de façon générale ? Pour garantir le respect des normes constitutionnelles autres que celles protégeant des droits ou libertés, ne serait-il pas souhaitable que le Conseil accepte, si les conditions sont réunies, de l'examiner à nouveau au titre de la jurisprudence « néo-calédonienne » ?

Certes, parmi les normes de référence mobilisées figurent principalement des droits ou libertés<sup>88</sup>. En outre, en dépit de l'absence de jurisprudence significative, une partie de la doctrine estime qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de contrôler les lois promulguées par voie d'exception à l'aune des règles de la procédure législative<sup>89</sup>. Cependant, il serait erroné de conclure que les champs des deux contrôles sont identiques. Au moins deux décisions permettent de montrer l'existence de différences. Dans la décision du 20 mars 1997 portant sur la loi créant les plans d'épargne retraite, la Haute instance a examiné par voie d'exception si le législateur n'avait pas, en adoptant l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, méconnu l'étendue des compétences qu'il tient de l'article 34 de la Constitution<sup>90</sup>. Or, dans le contentieux de l'article 61-1 de la Constitution, l'incompétence négative du législateur ne peut être invoquée à l'appui d'une QPC que dans le cas où elle « *affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit* »<sup>91</sup>. Il s'agit d'une exigence supplémentaire, rendant plus difficile l'invocation de ce grief au soutien d'une QPC, qui ne trouve pas son équivalent dans le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée.

En outre, dans la décision du 9 août 2012, le Conseil a jugé que les dispositions du paragraphe I de l'article 14 de la loi du 6 août 2002 relatives à la rémunération du Chef de l'État et des ministres méconnaissaient le principe de séparation des pouvoirs. Or, dans le

---

<sup>88</sup> Depuis 1985, a été contrôlée par voie d'exception la conformité de lois promulguées au regard du droit de propriété (CC, n° 89-256 DC, préc.), du principe d'égalité devant la loi (CC, n° 89-256 DC, préc. ; n° 96-377 DC, préc. ; n° 99-414 DC, préc. ; n° 2012-659 DC, préc.), devant les charges publiques (CC, n° 2012-662 DC, préc.) et devant le suffrage (CC, n° 2013-667 DC, préc.), du principe d'égal accès aux emplois publics (CC, n° 2012-656 DC, préc.), du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (CC, n° 96-377 DC, préc.), du principe de nécessité des peines (CC, n° 96-377 DC, préc.), du principe de liberté de l'enseignement (CC, n° 99-414 DC, préc.), du droit à un recours juridictionnel effectif (CC, n° 99-416 DC, préc.), du droit de mener une vie familiale normale (CC, n° 2013-669 DC, préc.) et de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle (CC, n° 2013-672 DC, préc.).

<sup>89</sup> En ce sens, v. not. J. Ferstenbert, art. préc., p. 372 ; B. Genevois, « France. La jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1985 », *ALJC*, 1985, p. 402 ; W. Yeng Seng, art. préc., p. 57.

<sup>90</sup> CC, n° 97-388 DC, préc.

<sup>91</sup> CC, n° 2012-254 QPC, 18 juin 2012, *Fédération de l'énergie et des mines - Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale]* ; *JORF*, 19 juin 2012, p. 10179. Avant cette décision, le Conseil jugeait que « *la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (CC, n° 2010-5 QPC, 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark [Incompétence négative en matière fiscale]*, *Rec.*, p. 114, cons. 3).

cadre de la QPC, ce principe ne peut être invoqué que dans la mesure où il concourt à la sauvegarde ou à l'exercice d'un droit ou d'une liberté garanti par la Constitution<sup>92</sup>, tel que le droit à un recours juridictionnel effectif<sup>93</sup>. À ce titre, on peut penser que le Conseil n'aurait pas censuré les dispositions de loi du 6 août 2002 si celles-ci avaient été contestées devant lui par la voie de la QPC, car aucun droit ou liberté garanti ne paraît menacé.

Au demeurant, si l'on considère certains des principes constitutionnels écartés du champ des normes de référence de la QPC, tels que l'exigence de transposition des directives de l'Union européenne déduite de l'article 88-1 de la Constitution<sup>94</sup>, on mesure l'intérêt qu'il y aurait à ne pas faire jouer l'obstacle de la chose jugée du contentieux QPC à la mise en œuvre de la jurisprudence « néo-calédonienne ».

## **B. Les incidences du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée sur la recevabilité d'une question prioritaire de constitutionnalité**

Le renouveau de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* pose une difficulté supplémentaire lorsqu'il s'agit d'évaluer son effet sur la faculté pour les justiciables de poser une QPC contestant les mêmes dispositions que celles contrôlées par la voie « néo-calédonienne ». Certes, la pratique inaugurée en 2012 consistant à intégrer le résultat du contrôle par voie d'exception au sein du dispositif de la décision paraît plutôt sécurisante. Elle permet de pallier certaines des critiques qui, après le premier constat d'inconstitutionnalité prononcé en 1999, avaient mis en lumière le flou qui entourait ses conséquences<sup>95</sup>. Mais il subsiste des incertitudes quant aux effets concrets de la jurisprudence « néo-calédonienne », notamment, au regard de son influence sur la recevabilité des QPC. Si l'incidence négative des déclarations de conformité semble acquise (1), les conséquences concrètes des déclarations d'inconstitutionnalité sont plus incertaines (2).

### **1. L'incidence négative des déclarations de conformité**

28. En cas de déclaration de conformité d'une disposition législative prononcée par voie d'exception, la solution paraît *a priori* simple. Désormais, sa mention au dispositif fait de celle-ci une disposition législative « *déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel* », au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958. Par conséquent, l'une des conditions de transmission de la QPC fait défaut et la Haute juridiction constitutionnelle ne sera pas saisie. Il ne pourra en aller différemment que si un changement des circonstances dans lesquelles la décision a été rendue s'est produit ou bien si la disposition législative a été modifiée par la suite.

29. De prime abord, l'incidence négative des déclarations de conformité sur la recevabilité d'une QPC vaut tant pour les déclarations de conformité simple que pour les déclarations de conformité sous réserve. Dans cette dernière hypothèse, l'interprétation de la décision relative à la loi portant création des contrats d'avenir par les services du Conseil constitutionnel conforte cette solution. Les dispositions législatives contrôlées par voie d'exception et déclarées conformes sous réserve d'interprétation figurent désormais dans le

---

<sup>92</sup> *Contra* A. Roblot-Troizier « Quand le principe de séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *RFDA*, 2011, p. 614 et s.

<sup>93</sup> Par ex. CC, n° 2010-100 QPC, 11 févr. 2011, *Alban Salim Bennacer [Concession du Stade de France]*, *Rec.*, p. 114.

<sup>94</sup> CC, n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, *Rec.*, p. 78, cons. 19.

<sup>95</sup> Pour un exposé de ces critiques, v. not. J. Bonnet, *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, préface de D. Rousseau, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2009, p. 111 et s. ; W. Yeng Seng, art. préc., p. 62 et s.

*Répertoire des dispositions déclarées conformes à la Constitution*, un document informatif qui, s'il n'a pas de valeur normative, n'en demeure pas moins un indice précieux de la position de l'institution<sup>96</sup>.

Si le Conseil n'a pas encore prononcé de déclaration de conformité simple avec mention dans le dispositif au titre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*, rien ne permet *a priori* d'exclure cette hypothèse dans l'avenir et, dans ces conditions, rien ne permet non plus de penser qu'un traitement différent sera fait à celui des déclarations de conformité sous réserve.

Toutefois, la décision portant sur la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe et son commentaire officiel semblent de nature à faire naître un doute. Le Conseil a jugé que les dispositions de la loi déferée affectaient le domaine des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles pour pouvoir formuler à leur égard une réserve d'interprétation destinée à garantir le respect de l'exigence constitutionnelle de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant<sup>97</sup>. En revanche, il n'a pas saisi l'occasion de déclarer conforme à la Constitution l'article 353 du code civil, alors même qu'il a jugé que ses dispositions « *mettent en œuvre l'exigence résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* » (cons. 54). On pourrait alors penser que cet article n'a pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Mais, dans le commentaire officiel de la décision, il est affirmé que « le Conseil constitutionnel a fait usage de la jurisprudence dite "néo calédonienne" (...), en vertu de laquelle, la conformité d'une loi promulguée peut être appréciée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui les modifient complètement [*sic*] ou affectent son domaine. En l'espèce, tel était le cas des dispositions des articles L. 225-2 et L. 225-17 du CASF et 353 du code civil relatifs respectivement à l'agrément et au prononcé de l'adoption par le tribunal. Le Conseil a estimé nécessaire de procéder à l'examen de la conformité à la Constitution de ces articles au regard des dispositions du dixième alinéa du Préambule de 1946 qui implique que l'adoption soit conforme à l'intérêt de l'enfant. »<sup>98</sup>. Dès lors, trois hypothèses sont envisageables. Premièrement, l'article 353 du code civil n'a en réalité pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception et les services du Conseil ont commis une erreur. Deuxièmement, l'article 353 du code civil a fait l'objet d'un contrôle par voie d'exception de la part du Conseil constitutionnel – qui aurait omis de préciser que les conditions de sa mise en œuvre étaient satisfaites<sup>99</sup> – mais, dans la mesure où, à l'inverse des articles précédents, il n'a pas eu le temps ou la volonté de vérifier sa conformité au regard de l'ensemble des normes constitutionnelles, il a choisi de ne pas le déclarer conforme à la Constitution, de façon à ne pas lui délivrer de brevet de constitutionnalité et, partant, à ne pas faire obstacle à une future QPC. Troisièmement, l'article 353 du code civil a, dans les mêmes circonstances, fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception mais, dans la mesure où il est conforme à la Constitution, le Conseil a jugé inutile de prononcer une déclaration de conformité intégrée au dispositif. Selon cette dernière perspective, qui irait de pair avec l'idée que la jurisprudence « néo-calédonienne » vise à permettre la sanction d'une loi promulguée davantage que son examen<sup>100</sup>, seuls intégreraient le dispositif les résultats du contrôle par voie

---

<sup>96</sup> Deux versions de ce document régulièrement mis à jour sont disponibles à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite-qpc.47106.html#textes>.

<sup>97</sup> V. *supra*.

<sup>98</sup> [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013669DCccc\\_669dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013669DCccc_669dc.pdf), 46 p., p. 37-38.

<sup>99</sup> Ce qui serait peu rigoureux mais, il faut l'avouer, pas impossible, comme l'illustrent les cas d'utilisation « clandestine » du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception (v. *supra*).

<sup>100</sup> V. *supra*.

d'exception destinés à rectifier une inconstitutionnalité, soit par la voie d'une censure, soit par la voie d'une réserve d'interprétation. Évidemment, si tel était le cas, l'absence de déclaration de conformité au sein du dispositif empêcherait que la disposition législative en cause soit regardée comme ayant été « *déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel* », au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 précitée.

30. En tout état de cause, dès lors que le juge constitutionnel se reconnaît compétent pour prononcer par voie d'exception des déclarations de conformité qu'il mentionne au dispositif, la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* apparaît comme une technique à sa disposition pour, le cas échéant, s'opposer à la transmission d'une future QPC. Sous cet angle, cette jurisprudence classique connaît une fonction nouvelle puisqu'elle permet au Conseil de réguler le flux des QPC en faisant obstacle, de façon préventive, à une saisine sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution. Mais, compte tenu du nombre de lois déférées au Conseil avant leur promulgation et des conditions d'intervention du contrôle incident de constitutionnalité, cette fonction de limitation de l'accès au prétoire constitutionnel ne semble, en pratique, pouvoir jouer qu'un rôle marginal.

## 2. L'incidence incertaine d'une déclaration de non conformité

31. Des doutes ont toujours existé au sujet des effets de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi promulguée prononcée par voie d'exception sur le sort de cette loi : son existence est-elle affectée par la décision du Conseil constitutionnel ? Peut-elle être appliquée par les juridictions administratives et judiciaires ou bien, au contraire, sont-elles dans l'obligation d'écarter son application aux litiges qu'elles sont amenées à trancher ? Quelle doit être l'attitude du législateur à l'égard de cette loi inconstitutionnelle ? Si la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a pas profondément modifié les termes du débat, elle les a recentrés sur la question de l'incidence d'une telle déclaration sur la recevabilité de la nouvelle procédure de contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois.

En l'état actuel de la jurisprudence, les effets d'une déclaration de non conformité prononcée au titre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* sur la recevabilité d'une QPC sont incertains. Bien que, de façon générale, la déclaration soit désormais mentionnée au dispositif et que, dans la décision sur la loi relative à la sécurisation de l'emploi, les modalités d'application dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité soient précisées<sup>101</sup>, le sort de la loi promulguée demeure toujours équivoque. Le laconisme du juge constitutionnel conduit à penser que quatre hypothèses sont envisageables.

32. La première hypothèse consiste à conclure à l'impossibilité de présenter une QPC en raison de l'annulation de la disposition déclarée contraire à la Constitution par voie d'exception. Elle repose donc sur l'idée que le constat d'inconstitutionnalité résultant de la mise en œuvre de la jurisprudence « néo-calédonienne » entraîne la disparition rétroactive de l'ordonnancement juridique de la disposition litigieuse<sup>102</sup>. Ainsi que l'évoque le Président Bruno Genevois, « dès lors qu'elle n'est assortie d'aucune autre précision, la décision constatant au titre du contrôle *a priori* l'inconstitutionnalité d'une loi promulguée emporte un effet rétroactif. Il remonte donc à son édicition, sous une réserve concernant un texte législatif antérieur à la Constitution entrant en contradiction avec celle-ci. En ce cas, le constat de sa

---

<sup>101</sup> V. *supra*.

<sup>102</sup> Dans ce cas de figure, le contrôle *a posteriori* de constitutionnalité par voie d'exception aurait un effet *ex tunc* similaire à celui des contrôles *a posteriori* des cours constitutionnelles allemande, espagnole ou portugaise et différent de celui du contrôle de l'article 61-1 de la Constitution (v. *infra*).

contrariété avec la norme constitutionnelle invalide la loi à la date d'entrée en vigueur de la Constitution »<sup>103</sup>.

Cette première interprétation implique nécessairement l'irrecevabilité d'une future QPC puisque la disposition litigieuse est réputée, en principe, ne pas avoir existé. Mais elle est contestable dans la mesure où elle semble reposer sur une étrange analogie entre l'effet d'une déclaration de non conformité d'une loi non promulguée et celui d'une déclaration de non conformité d'une loi promulguée. Étrange, cette analogie l'est dans la mesure où il est très discutable de laisser entendre que l'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi en attente de promulgation présente un caractère rétroactif. Dans la mesure où la norme examinée par le Conseil n'a pas été promulguée, elle n'existe pas. Elle ne peut donc pas disparaître rétroactivement ; elle peut seulement ne pas exister<sup>104</sup>. Étrange, cette analogie l'est encore car la déclaration d'irrégularité d'une norme juridique prononcée par voie d'exception n'entraîne pas, en règle générale, sa disparition de l'ordonnancement juridique. Tel est le cas, par exemple, des déclarations d'illégalité prononcées par la voie d'exception par le juge administratif : que celles-ci soient opérées dans les motifs d'un jugement par le biais d'une exception d'illégalité<sup>105</sup> ou prononcées à l'issue d'un recours en appréciation de validité<sup>106</sup>, elles ne sont jamais synonymes d'annulation ou d'abrogation de l'acte illégal.

**33.** La deuxième hypothèse conduit également à conclure à l'impossibilité de former une QPC contre une disposition déclarée inconstitutionnelle au titre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*. Elle se fonde sur une autre analogie, entre les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par voie d'exception et ceux d'une censure effectuée dans le cadre de la QPC. Dès lors, on appliquerait la règle prévue par l'article 62, alinéa 2, de la Constitution, aux termes duquel « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ». En l'absence de précision dans le dispositif de la décision, ce serait donc l'abrogation immédiate de la disposition jugée inconstitutionnelle par la voie « néo-calédonienne » qui s'impose<sup>107</sup>. Dans le prolongement de cette analogie, il est vraisemblable que, quelle que soit la date de l'abrogation, le Conseil juge irrecevable une future QPC contestant cette disposition puisque, ainsi qu'on l'a vu, il considère qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une disposition dont il a déjà prononcé l'abrogation<sup>108</sup>.

C'est cette deuxième hypothèse, fondée sur une assimilation entre le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception de la loi promulguée et la QPC, qui semble avoir la préférence des services du Conseil constitutionnel et, probablement, des membres de l'institution. Le commentaire en ligne de la décision relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 précise en effet, à propos de la disposition examinée par voie d'exception, que le Conseil « a par conséquent déclaré contraire à la Constitution cette disposition (cons. 15) – l'effet de cette abrogation étant immédiat »<sup>109</sup>. Il reste à savoir si les juridictions administratives et judiciaires, premiers juges à statuer sur la recevabilité d'une

<sup>103</sup> B. Genevois, « Un exemple de l'influence du contrôle *a posteriori* sur le contrôle *a priori* : l'application de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* », préc., p. 7.

<sup>104</sup> V. not. S. Ferrari, thèse préc., p. 138-139.

<sup>105</sup> CE, n° 112171, 3 juill. 1996, *Société ABC Engineering, Leb.*, p. 259 ; n° 297969, 26 janv. 2007, *Commune de Neuville-sur-Escaut, Leb. T.*, p. 665.

<sup>106</sup> CE, n° 23721, 5 juin 1981, *Layani*, inédit ; RDP, 1982, p. 528 ; Sect., n° 227338, 27 mai 2002, *Société Transvolver Service, Leb.*, p. 176.

<sup>107</sup> Pour la QPC, v. not. CC, n° 2010-18 QPC, 23 juill. 2010, *M. Lahcène Aoued [Carte du combattant]*, Rec., p. 167.

<sup>108</sup> V. *supra*.

<sup>109</sup> [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012659DCccc\\_659dc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2012659DCccc_659dc.pdf), 27 p., p. 7.

QPC, seront convaincues par cette audacieuse solution « para-jurisprudentielle » qui investit le Conseil constitutionnel d'une compétence d'abrogation des lois non prévue par le Constituant. Deux autres options se présentent à elles.

En effet, si on admet que l'existence de la disposition législative n'est pas mise en cause par la déclaration d'inconstitutionnalité par voie d'exception, deux hypothèses aux conséquences opposées demeurent envisageables.

34. D'une part, la juridiction saisie de la QPC pourrait juger que l'article 62, alinéa 3, de la Constitution, qui prévoit que « *les décisions du Conseil constitutionnel [...] s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* », lui donne compétence pour écarter en toute circonstance l'application de la disposition inconstitutionnelle au litige. Ainsi, il n'y aurait pas lieu pour elle de transmettre la QPC. Dans ce cas de figure, la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* serait un obstacle à la transmission de futures QPC.

Cette solution présenterait l'avantage d'éviter la mise en œuvre d'une procédure ralentissant le déroulement du procès et engendrant des frais supplémentaires pour les parties, alors que son issue fait peu de doute. En outre, elle permet, ou plus vraisemblablement oblige, les juges administratifs et judiciaires à écarter l'application des dispositions jugées inconstitutionnelles, que soit ou non déposée une QPC par un justiciable. La garantie de la Constitution serait donc plus immédiate et effective. Ce faisant, cette hypothèse rejoint les deux évoquées précédemment, avec l'intérêt de ne pas mettre entre les mains du Conseil constitutionnel un pouvoir d'annulation ou d'abrogation des lois qu'il manie à sa guise.

35. D'autre part, le juge *a quo* pourrait considérer que la transmission de la QPC est non seulement possible mais facilitée par la déclaration d'inconstitutionnalité rendue par le Conseil, sous réserve que celle-ci soit fondée sur la méconnaissance d'un droit ou liberté constitutionnellement garanti. Il s'agirait de juger que la condition tenant au sérieux de la QPC est *ipso facto* remplie puisque le Conseil a déjà jugé la disposition contestée inconstitutionnelle. Mais cela ne signifie pas que la transmission devrait être automatique. Encore faudrait-il que les autres conditions de renvoi et, plus généralement, l'ensemble des conditions de recevabilité de la QPC soient satisfaites. Quoi qu'il en soit, dans ce second cas de figure, à l'inverse de la solution précédente, la jurisprudence « néo-calédonienne » représenterait potentiellement une source de QPC dans l'avenir.

Dans ce cas, l'objet du procès de la loi promulguée porterait principalement, sinon exclusivement, sur la détermination des effets concrets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Il donnerait l'occasion aux justiciables d'exposer leur point de vue sur la détermination de ces effets, tout en soumettant l'ensemble de la procédure au principe du contradictoire et à l'égalité des armes, chose impossible – ou plutôt refusée – dans le cadre du contrôle *a priori* où la jurisprudence « néo-calédonienne » est mise en œuvre.

\*

36. L'année 2012 aura été marquée en contentieux constitutionnel par les solutions audacieuses adoptées par le Conseil constitutionnel en matière de contrôle des lois promulguées hors du cadre procédural défini par le Constituant en 2008. Après avoir consacré la possibilité pour un justiciable de poser une QPC directement devant lui dans le contentieux des élections législatives et, par voie de conséquence, sa compétence pour abroger une loi dans une hypothèse non visée par l'article 61-1 de la Constitution ou la loi organique du 10 décembre 2009<sup>110</sup>, le Conseil a rénové une jurisprudence ancienne de façon à pouvoir censurer des dispositions législatives en dehors de tout contentieux juridictionnel.

---

<sup>110</sup> CC, n° 2011-4538 SEN, préc. Ce qui, au demeurant, s'analyse comme une autre forme de contrôle de constitutionnalité de la loi par voie d'exception devant le Conseil constitutionnel.

C'est à croire que la procédure de la QPC a « ouvert l'appétit » des membres du Conseil pour les lois promulguées. Au moment où le nombre de saisines enregistrées sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution a connu une diminution importante, l'usage du contrôle prétorien de constitutionnalité par voie d'exception s'est développé dans le cadre du contrôle *a priori*<sup>111</sup>. La QPC a également été une source d'inspiration pour le Conseil puisqu'il y a transposé la technique de la modulation dans le temps des effets de ses décisions et semble vouloir appliquer la fonction abrogative des décisions QPC aux déclarations d'inconstitutionnalité prononcées au titre de la jurisprudence « néo-calédonienne ».

Ces différents points de convergence entre la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie* et la procédure de l'article 61-1 de la Constitution ne doivent cependant pas dissimuler le fait que la première représente potentiellement un concurrent pour la seconde. Ces deux contrôles permettent non seulement d'obtenir des résultats similaires mais ils peuvent s'exclure l'un l'autre par l'effet de l'autorité de chose jugée attachée aux décisions du Conseil. Il faut espérer que, compte tenu des garanties encadrant l'intervention du juge constitutionnel dans la procédure de la QPC, celle-ci demeure la voie ordinaire du contrôle *a posteriori* de constitutionnalité des lois et que le contrôle par voie d'exception reste, ou plutôt redevienne, exceptionnel.

#### **Addendum :**

Par sa décision n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013, *Sociétés Allianz IARD et autre [Autorité des décisions du Conseil constitutionnel]* (JORF, 20 oct. 2013, p. 17279), le juge constitutionnel a apporté des précisions sur les effets d'une déclaration de non conformité prononcée au titre de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*.

Le Conseil d'État avait renvoyé au Conseil constitutionnel le 25 juillet 2013 une QPC contestant l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, dans une rédaction identique à celle qui avait été déclarée contraire à la Constitution par voie d'exception dans la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 sur la loi relative à la sécurisation de l'emploi.

Dans la décision du 18 octobre 2013, le Conseil constitutionnel a, d'abord, précisé que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi promulguée prononcée au titre de la jurisprudence « néo-calédonienne » doit entraîner, non l'annulation ou l'abrogation de cette loi, mais son inapplication par toute autorité publique. Ainsi, seule l'intervention du Parlement pourra, le cas échéant, faire disparaître la loi litigieuse. Ensuite, le Conseil a jugé que l'autorité qui s'attache à ses décisions fait obstacle à ce qu'il soit saisi par le biais de la procédure de la QPC afin d'examiner la constitutionnalité de dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution en application de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*.

---

<sup>111</sup> Au total, vingt-sept saisines QPC ont été enregistrées au greffe du Conseil constitutionnel entre le 1<sup>er</sup> juill. 2012 et le 31 déc. 2012, contre cinquante-cinq saisines pour la même période en 2011 et soixante-dix neuf pour la même période en 2010.