

Amicus Curiae dans l'affaire ACCC/C/2022/197 France

Professeur.es Lauréline Fontaine, Thomas Perroud, Dominique Rousseau

*

Lauréline Fontaine est professeure de droit public et constitutionnel à l'Université Sorbonne Nouvelle (Paris, France). Elle travaille sur les évolutions juridiques et les questions constitutionnelles dans le monde contemporain. En 2023, elle a publié "La Constitution maltraitée. Anatomie du Conseil constitutionnel", aux éditions Amsterdam, pour lequel elle a été invitée dans de nombreuses universités et lieux de débat depuis. Elle anime le blog Le droit de la Fontaine depuis 2016 (www.ledroitdelafontaine.fr).

Thomas Perroud est professeur de droit public à l'université Paris Panthéon-Assas et Humboldt Fellow (Experienced Researcher) à l'université Humboldt de Berlin, rattaché à l'Institut Walter Hallstein. Il écrit beaucoup sur le Conseil constitutionnel et sa procédure. Son dernier livre sur le sujet : Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence, Elina Lemaire, Thomas Perroud (dir.), IFJD, 2022.

Dominique Rousseau est professeur émérite de droit public à l'Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, membre honoraire de l'Institut Universitaire de France, juge au Tribunal constitutionnel d'Andorre, membre du Conseil Supérieur de la Magistrature (2002-2006). Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, dont un manuel de référence sur le droit constitutionnel : Le droit du contentieux constitutionnel, Lextenso, 13e édition, 2023 ; La QPC, Une nouvelle culture constitutionnelle, une nouvelle justice constitutionnelle justice, Jus Politicum, 2021, n°27, 2022.

*

L'affaire qui est soumise au comité d'Aarhus intéresse l'application de la Convention de deux points de vue : celui du caractère restrictif du recours s'agissant d'opérations qui intéressent l'application des obligations résultant de la Convention, et celui du caractère indépendant et impartial de l'organe qui a jugé cette restriction conforme à la Constitution de l'Etat français.

Sur ce deuxième point, c'est la participation de deux membres au jugement de la décision qui est mise en cause, ainsi que, pour l'un d'eux, l'impossibilité factuelle et procédurale de demander sa récusation.

Notre contribution porte le fait que l'obligation d'indépendance et d'impartialité qui doit caractériser un tribunal ayant à juger d'une question qui relève de l'application des obligations de la Convention, doit se comprendre, dans l'affaire considérée, au regard de ce que, s'agissant d'obligations environnementales qui défient l'action des autorités étatiques, il est capital que la composition de la formation de jugement ne se caractérise pas par des liens avérés et structurels avec ces mêmes autorités.

Or, le Conseil constitutionnel, devant qui la constitutionnalité de la loi portant restriction du droit de recours a été portée, se caractérise par sa situation systémique de partialité vis-à-vis des actes et autorités ainsi contrôlés (le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif). De ce point de vue, l'affaire que vous avez à apprécier ne relève pas d'une situation exceptionnelle.

Nous voudrions montrer que,

I. L'incompatibilité structurelle entre le mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel et le principe d'impartialité ;

II. L'organisation du procès constitutionnel en France emporte des atteintes récurrentes au principe de l'impartialité de la juridiction et de son indépendance ;

III. La caractérisation, au regard de la CA et de la CEDH, de la partialité de la formation de jugement qui a rendu la décision mise en cause dans l'affaire qui intéresse votre Comité.

I. L'incompatibilité structurelle entre le mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel et le principe d'impartialité.

Les règles, et plus précisément l'absence de certaines règles applicables au processus de nomination des membres du Conseil constitutionnel rendent sa composition non conforme aux exigences d'indépendance et d'impartialité posées à l'article 9 de la Convention d'Aarhus (a). Cette non

conformité se double d'une pratique faisant peser un doute légitime sur les décisions rendues par le Conseil constitutionnel (b).

a. Une composition du Conseil constitutionnel non conforme aux exigences d'indépendance et d'impartialité

Contrairement à ce qui se passe dans tous les systèmes politiques comprenant une Cour suprême ou une Cour constitutionnelle, à l'exception des Etats-Unis et de la Suisse, il n'existe en France, s'agissant du mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel, aucune obligation liée à l'exigence de formation ou d'expérience des personnalités pressenties pour y siéger. Rares sont les pays à poser des règles d'incompatibilités quant à l'exercice de fonctions antérieures mais, dans le cas français, cette absence entache la composition du Conseil constitutionnel dont la fonction est de contrôler les lois par rapport à la Constitution : un parlementaire en exercice, un ministre en exercice, un directeur de cabinet en exercice peuvent être nommés qui vont directement siéger au Conseil dont la compétence est de juger les lois au concours desquelles toutes ces personnalités ont été amenées à participer.

La majorité des membres du Conseil constitutionnel ont occupé des fonctions antérieures qui les ont fait participer, à un moment ou à un autre, à la fabrication des lois dont ils ont à connaître la conformité à la constitution, soit parce qu'ils ont été à l'initiative de la loi contestée, soit parce qu'ils ont déposé un ou plusieurs amendements adoptés, soit parce qu'ils se sont opposés à cette loi lors des débats parlementaires, soit parce qu'ils ont donné leur avis sur le projet de loi. Le recours presque systématique à des personnalités ayant dans le passé exercé plusieurs mandats politiques ou à des collaborateurs réguliers de ces mêmes personnalités conduit à brouiller la nécessaire distinction entre l'acte de juger et l'acte qu'il s'agit de juger. Cet élément sociologique a été confirmé par Liora Israël et Nicolas Bau dans une étude complète sur l'origine des membres du Conseil. Leur conclusion est que la filière politique est la première filière de recrutement des juges constitutionnels française et que cette tendance n'a fait que s'accroître dans les dernières années (N. Bau, L. Israël, Quelques éclairages sociologiques sur la composition du Conseil constitutionnel, in E. Lemaire, T. Perroud, *Le Conseil constitutionnel à l'épreuve de la déontologie et de la transparence*, IFJD, 2022, pp. 61-81).

b. Les insuffisances de la pratique du déport

L'incompatibilité de la composition du Conseil aux exigences d'indépendance et d'impartialité se double d'une pratique du déport par ses membres à la fois rare et peu transparente, nuisant ainsi à la sérénité devant accompagner la délivrance de la justice. Si le principe d'impartialité est justifié par la nécessité que ne pèse aucun doute sur les conditions dans lesquelles une décision de justice est rendue, il implique donc pour une formation de jugement et ses membres de se "déporter" si leur participation serait de nature, eu égard aux circonstances, à jeter un doute légitime sur la décision à rendre.

La pratique du déport au sein du Conseil constitutionnel très parcimonieuse, jusqu'en 2010, est devenue beaucoup plus courante à partir de cette date. Même si les motifs d'un déport ne sont jamais rendus publics (à cet égard on ne peut que regretter qu'il n'existe pas, comme c'est le cas pourtant dans beaucoup d'autres cours de justice, une liste de causes objectives de récusation), on peut constater qu'environ 70% des déports concernent les membres du Conseil constitutionnel qui ont participé à un gouvernement ou qui ont été parlementaires. Pour autant, cette pratique est insuffisante au regard du lien structurel entre la composition du Conseil et les affaires et parties dont il a à connaître.

La présente affaire concerne la participation au délibéré de deux anciens ministres ayant été membres d'un gouvernement issus de la majorité présidentielle à l'origine de la loi contestée, alors de surcroît que, comme ministres, il s'étaient prononcés favorablement au mécanisme attaqué, et même, pour l'une d'entre eux, défendu le principe contesté de la restriction du recours en adoptant la circulaire d'application de la loi. Le caractère non inédit de cette configuration renforce le doute qui hélas pèse dans la société politique sur l'impartialité des décisions rendues par le Conseil constitutionnel.

Dans la décision n° 2010-25 QPC par exemple, 5 juges sur 9 avaient un rapport avec la loi : les anciens sénateurs Michel Charasse et Hubert Haenel avaient respectivement voté contre et pour la loi contestée ; l'ancien député Jacques Barrot avait voté cette loi et le président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, était président de l'Assemblée nationale quand la loi avait été adoptée ; Jean-Pierre Steinmetz, enfin, avait participé à la rédaction de la loi en tant que directeur du cabinet du Premier ministre à l'origine de la loi. Aucun d'entre eux ne s'est alors déporté.

La question prioritaire de constitutionnalité met également très souvent en présence des anciens “collègues”, dont les uns sont juges et les autres sont parties. On peut citer la déplorable affaire Ducray, dans laquelle deux anciens collègues directs du demandeur ont participé à la formation de jugement (l’un était membre du même gouvernement, l’autre était le conseiller du Président de la République à la même époque) qui abroge, avec effet immédiat, la loi qui permettait de soutenir la condamnation pénale de l’ancien secrétaire d’Etat (décision n°2012-240 QPC du 4 mai 2012).

II. L’organisation du procès constitutionnel en France emporte des atteintes récurrentes au principe de l’impartialité de la juridiction et de son indépendance

La situation d’incompatibilité avec le principe d’impartialité du Conseil constitutionnel est encore renforcée par les règles de procédure qui s’y appliquent.

a/ La non conformité factuelle de la règle de quorum à l’article 9 de la CA.

L’article 14 de l’ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel indique que « Les décisions et les avis du Conseil constitutionnel sont rendus par sept conseillers au moins, sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal ». Bien qu’elle soit définie différemment selon les systèmes de droit, la force majeure suppose toujours une situation anormale, irrésistible ou invincible, ayant notamment empêché l’application des règles du droit commun (la notion est reconnue pour la Cour européenne des droits de l’homme, par exemple dans son arrêt Saakachvili c. Géorgie du 1^{er} mars 2022, et la Cour de justice de l’Union européenne, par exemple dans son arrêt du 11 juillet 1968, 4-68). Dans le système français, la force majeure est, selon la Cour de cassation, l’événement imprévisible et insurmontable empêchant le débiteur d’exécuter son obligation. Le Conseil constitutionnel recourt néanmoins fréquemment à la force majeure pour lui permettre de statuer en-dessous du quorum exigé. En 2017 par exemple, neuf décisions ont été prises en dessous du quorum, chaque fois sur l’invocation de la « force majeure ». Encore très récemment, le Conseil a rendu une décision sur une question prioritaire de constitutionnalité formée par un ancien Premier ministre français et ancien candidat de la droite à l’élection présidentielle de 2017 qui l’a contraint à statuer une fois de plus en-dessous du quorum (décision n° 2023-1062 QPC du 28 septembre 2023, M. François F.). Trois membres se sont déportés : Alain Juppé parce qu’il

avait été ministre quand François Fillon était premier ministre ; François Seners parce qu'il avait été membre du cabinet de François Fillon ; François Pillet parce qu'il avait soutenu la candidature de François Fillon. La décision a donc été rendue par six membres alors que le quorum exigé est d'au moins sept membres du Conseil. La participation même de trois des six membres peut être interrogée, dans la mesure où ils ont eu à exprimer dans le passé, dans le cadre du "jeu" politique, des opinions conflictuelles avec le demandeur.

La-dite situation de force majeure n'est donc ni imprévisible ni anormale, et elle pourrait être résolue par une évolution de la composition et des règles de fonctionnement du Conseil constitutionnel.

Aujourd'hui, l'atteinte systémique au principe d'impartialité de la juridiction provoquée par la composition du Conseil est donc renforcée par ses règles de procédure qui le conduisent soit à dévoyer le principe de la force majeure soit à se maintenir dans une situation objective et/ou subjective de partialité pour juger une affaire. A cet égard, l'augmentation du nombre de conseillers et l'institution d'une suppléance pour chaque conseiller seraient nécessaires pour garantir l'impartialité du Conseil constitutionnel lorsqu'il statue.

Par comparaison, la cour constitutionnelle d'Allemagne a exclu la possibilité d'invoquer la force majeure pour statuer en-dessous du quorum : dans cette situation, la Cour ne peut tout simplement pas siéger. Mais la composition de cette cour n'emporte pas les mêmes risques que s'agissant du Conseil constitutionnel et l'application de cette règle ne se pose en réalité jamais.

b/ L'inadaptation des règles de la récusation au regard de l'article 9 CA.

S'il est légitime de fixer un délai au-delà duquel les parties ne sont plus fondées à demander la récusation de l'un des membres de la formation de jugement amenée à se prononcer sur une affaire, les règles relatives à la récusation ne sauraient avoir pour effet de priver les parties d'une possibilité d'en user pour des motifs non liés au bon déroulement du procès. Tel est le cas lorsque la composition de la formation de jugement évolue entre le moment où la juridiction est saisie d'une affaire et le moment où elle statuera sur celle-ci, après que le délai de récusation soit écoulé.

Au Conseil constitutionnel, la situation peut donc se présenter à chaque fois que l'un de ses membres quitte ses fonctions et qu'un autre le remplace. Ainsi, dans l'affaire qui est soumise au Comité

d'Aarhus, sur les neuf que compte la formation de jugement, trois nouveaux membres sont entrés en fonction (Jacqueline Gourault, François Seners et Véronique Malbec) pour juger l'affaire, après que le délai donnant la possibilité au requérant de demander la récusation de l'un d'eux ait écoulé. Il a ainsi été privé de son droit d'être jugé dans des conditions garantissant l'impartialité de la formation de jugement. A cet égard, l'argument selon lequel la nomination des nouveaux membres faisait l'objet d'articles de presse antérieurs ne saurait être retenu puisque la demande de récusation ne peut être appréciée par la juridiction qu'en regard des membres qui composent effectivement le Conseil au jour de la demande. On ne saurait non plus demander au justiciable un devoir de lecture de la presse pour justifier l'impossibilité d'application des règles garantissant l'impartialité d'une formation de jugement.

On signalera d'ailleurs que le Conseil d'Etat français juge qu'« un moyen tiré de l'irrégularité de la composition de la formation de jugement, quel qu'en soit le fondement, peut être invoqué à tout moment de la procédure, même après le début de la séance de jugement, y compris devant une juridiction supérieure » (CE, 12 oct. 2009, Petit). Le Conseil constitutionnel aurait ainsi pu s'inspirer d'une jurisprudence française.

III. La caractérisation, au regard de la CA et de la CEDH, de la partialité de la formation de jugement qui a rendu la décision mise en cause dans l'affaire qui intéresse votre Comité.

La question posée ici est celle-ci : la participation active de deux membres de la juridiction à l'élaboration du texte soumis à l'appréciation du juge est-elle compatible avec la conception de l'impartialité que se fait la Cour européenne des droits de l'Homme ? Si le règlement intérieur du Conseil constitutionnel, à l'identique du Tribunal constitutionnel allemand, dispose que « Le seul fait qu'un membre du Conseil constitutionnel a participé à l'élaboration de la disposition législative faisant l'objet de la question de constitutionnalité ne constitue pas en lui-même une cause de récusation » (article 4), la composition toute particulière de l'organe français emporte qu'est ainsi admise la partialité quasiment systématique des membres de la formation de jugement.

Dans l'affaire soumise au Comité, il faut d'abord caractériser la situation des deux membres en cause au regard de la notion d'impartialité (a) pour conclure à sa non conformité aux principes dégagés par la Cour Européenne des droits de l'homme (b)

a) La situation de deux membres de la formation de jugement vis-à-vis du texte objet de l'affaire

Lorsqu'ils ont été nommés au Conseil constitutionnel, Jacques Mézard et Jacqueline Gourault exerçaient des fonctions gouvernementales soumises au principe de solidarité gouvernementale, pour lesquelles il n'existe aucune règle qui leur imposerait l'indépendance ou l'impartialité. Il se trouve qu'ils ont tous deux un lien avec le texte de la loi contesté dans la présente affaire.

Dans le cadre de ses fonctions antérieures, Jacques Mézard *a été en charge de la déclaration relative à la loi contestée (une loi dont le gouvernement avait pris l'initiative) devant l'Assemblée nationale le 3 octobre 2018*, déclaration à l'issue de laquelle il indique que "la loi ELAN va pouvoir devenir une réalité et je le crois améliorer le quotidien des Français, de tous les Français sur l'ensemble du territoire de la République".

Dans le cadre de ses fonctions gouvernementales, la seconde a eu la charge toute spécifique de rédiger la circulaire d'application de la loi contestée (circulaire du 21 décembre 2018), dont le contenu ne laisse pas de doute sur l'accord de son auteur avec le dispositif contesté : l'article 80 de la loi, indique la circulaire, " vise à sécuriser les autorisations de construire, accélérer les délais de jugement et mieux sanctionner les recours abusifs".

Jacques Mézard et Jacqueline Gourault ont dont tous deux exprimé une pensée en accord avec la loi contestée, mais, surtout, en ont défendu le principe *dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions antérieures à celle de juger*, et alors qu'ils n'étaient ni l'un ni l'autre soumis à des exigences d'indépendance et d'impartialité : l'un a défendu la loi devant l'Assemblée nationale qui devait voter la loi, et l'autre l'a défendu auprès des administrations qui devaient l'appliquer.

b/ Les principes dégagés par la Cour EDH caractérisent, par suite, une situation de partialité

La Cour EDH a été amenée à se prononcer sur le cumul de fonctions juridictionnelles et législatives et sa position est on ne peut plus claire. Dans l'affaire *McGonnell c. Royaume-Uni* du 8 février 2000,

la Cour indique que « toute participation directe à l'adoption de textes législatifs ou réglementaires peut suffire à jeter le doute sur l'impartialité judiciaire d'une personne amenée ultérieurement à trancher un différend sur le point de savoir s'il existe des motifs justifiant que l'on s'écarte du libellé des textes législatifs ou réglementaires en question » (CEDH, 8 févr. 2000, n° 28488/95, *McGonnell c/ Royaume-Uni*).

La Cour européenne impose l'appréciation de la situation d'impartialité aux circonstances de l'espèce, et il nous paraît que, compte tenu des faits précédemment évoqués, l'atteinte au principe d'impartialité est caractérisée. Mais on pourrait aussi convenir que la situation générale du Conseil constitutionnel est de nature à permettre de caractériser une situation "globale" de partialité du tribunal, comme elle l'avait fait dans l'affaire *Boyan Gospodinov c. Bulgarie* (CEDH, 10 sept. 2018, n°28417/07).

C'est la raison pour laquelle les règles de procédure prennent une place importante dans le raisonnement de la Cour, qui impose ainsi l'existence de procédures de déport précisément afin de garantir l'impartialité du juge (CEDH, gde ch., 15 oct. 2009, n° 17056/06, *Micallef c/ Malte*, §§ 99 et 100), procédure dont on a vu que, devant le Conseil constitutionnel, elle reste ou inappliquée ou impossible à appliquer sans violer une autre règle de procédure (point II).

Pour tous ces motifs, il nous semble que la décision par laquelle le Conseil constitutionnel a rejeté la demande de l'Association La Sphinx a été rendue contrairement aux principes d'indépendance et d'impartialité nécessaire à la bonne application des règles imposées aux Etats dans le cadre de leurs obligations contractées avec la Convention d'Aarhus.