

A S S E M B L É E N A T I O N A L E

# Administrateur

Concours externe 2009-2010

LES MEILLEURES COPIES

Les informations contenues dans ce recueil  
s'appliquent au concours organisé en 2009-2010

**ASSEMBLÉE NATIONALE**  
Service du Personnel  
233 boulevard Saint-Germain  
75007 PARIS  
Tél. : 01.40.63.98.98  
[www.assemblee-nationale.fr/concours](http://www.assemblee-nationale.fr/concours)





<b>SOMMAIRE</b>
-----------------

	<b>Pages</b>
Les épreuves écrites du concours.....	<b>4</b>
Culture générale - copie A.....	<b>5</b>
Culture générale - Copie B .....	<b>11</b>
Culture générale - Copie C .....	<b>17</b>
Droit constitutionnel et science politique - Copie A.....	<b>23</b>
Droit constitutionnel et science politique - Copie B.....	<b>27</b>
Note de synthèse.....	<b>31</b>
Composition - Économie / finances publiques.....	<b>35</b>
Composition - Droit civil / Droit pénal .....	<b>41</b>
Épreuve pratique - Droit communautaire - Copie A.....	<b>45</b>
Épreuve pratique - Droit communautaire - Copie B.....	<b>51</b>
Épreuve pratique - Droit social / Droit du travail .....	<b>57</b>
Épreuve pratique - Droit des affaires.....	<b>65</b>
Épreuve pratique - Droit administratif.....	<b>71</b>
Droit parlementaire - Copie A.....	<b>77</b>
Droit parlementaire - Copie B .....	<b>81</b>
Droit parlementaire - Copie C .....	<b>85</b>
Droit parlementaire - Copie D.....	<b>89</b>
Droit parlementaire - Copie E.....	<b>93</b>

## Les épreuves écrites du concours d'administrateur 2009-2010

Le concours externe comporte des épreuves écrites d'admissibilité et d'admission ainsi que des épreuves orales d'admission. Toutes les épreuves écrites sont obligatoires.

Lorsque les épreuves comportent plusieurs options, celles-ci sont choisies par le candidat lors de l'inscription et **ne peuvent plus être modifiées par la suite.**

### **I.- Épreuves écrites d'admissibilité**

1. Composition portant sur les problèmes politiques, internationaux, économiques et sociaux du monde contemporain (*durée : 5 heures - coeff. : 4*).
2. Composition portant sur la science politique et le droit constitutionnel (*durée : 4 heures - coeff. : 4*).
3. Note de synthèse à partir d'un dossier se rapportant à des problèmes juridiques (*durée : 5 heures - coeff. : 4*).
4. Composition portant au choix du candidat sur l'une des options suivantes (*durée : 4 heures - coeff. : 4*) :
  - économie / finances publiques,
  - droit civil / droit pénal.
5. Épreuve pratique portant au choix du candidat sur l'une des options suivantes (*durée : 4 heures - coeff. : 3*) :
  - droit communautaire,
  - droit social / droit du travail,
  - droit des affaires,
  - droit administratif.

Cette épreuve a pour objet d'apprécier les capacités d'analyse et de raisonnement des candidats à partir de situations ou problèmes concrets..

### **II.- Épreuve écrite d'admission**

6. Épreuve écrite de droit parlementaire (*durée : 3 heures - coeff. : 3*).



**Le présent recueil est constitué des copies ayant obtenu la meilleure note décernée par le jury dans chaque épreuve ou, le cas échéant, chaque option.**

**Les copies ont été transcrites à l'identique, y compris la présentation et les éventuelles erreurs d'orthographe ou de syntaxe.**

## COMPOSITION portant sur les problèmes politiques, internationaux, économiques et sociaux du monde contemporain

(durée : 5 heures)

**Sujet : « La place des femmes dans les sociétés contemporaines (1914-2009) »**

Copie A

Note : 16/20

Dans *De la démocratie en Amérique*, Alexis de Tocqueville rappelait, non sans justesse, qu'à « l'inégalité de la loi et de la fortune succède une inégalité imaginaire ».

S'il est difficile de saisir si la place qu'occupent les femmes dans les sociétés contemporaines est le résultat d'une longue inégalité de fait ou d'une inégalité imaginaire qui a précédé, force est de constater que malgré une amélioration sans précédent de la condition féminine au début du XX<sup>ème</sup> siècle, tout au moins dans les sociétés occidentales, de fortes inégalités persistent qui ne font pas de la femme dans la société contemporaine une égale de l'homme à part entière.

Simone de Beauvoir énonçait, dans *Le deuxième sexe*, en 1949, ce qui deviendrait le motto des mouvements féministes qu' « on ne naît pas femme, on le devient », soulignant par là le poids de l'éducation et des représentations mentales dans la perception que les hommes et les femmes se font de la femme.

Par cette affirmation volontariste, elle essayait de donner aux femmes foi dans leur destin alors qu'une conception essentialiste archaïque fondée sur la maternité les condamnait à la sphère domestique.

Ce credo existentialiste libérateur pourrait expliquer pour une part la lente et longue enquête tant des droits politiques et civiques qui fait du XX<sup>ème</sup> siècle le siècle de l'émancipation féminine.

Pour autant, la persistance d'inégalités sociales et économiques n'est pas le résultat de la révolution juridique qui a conduit à une inégalité en droit des femmes et des hommes dans les sociétés contemporaines occidentales.

La place des femmes dans les sociétés contemporaines est une question essentielle parce qu'elle interroge les fondements de la société et de la démocratie modernes.

Comment **concilier**, en effet, la promesse égalitaire des Lumières lorsque la seconde partie de l'humanité reste dans l'ombre ? Comment donner une portée universelle aux droits de l'homme si la moitié du genre humain subit une discrimination de fait que la loi ne peut suffisamment corriger ? Comment fonder une démocratie moderne égalitaire s'il reste des discriminations de genre ? Comment, finalement, l'homme pourrait-il réussir à s'émanciper des représentations archaïques et traditionnelles s'il ne peut concevoir la femme comme un alter ego ?

Si la place de la femme dans les sociétés contemporaines a évolué d'une inégalité de fait vers une émancipation en droit (I), la persistance d'une discrimination symbolique qui se traduit par la persistance d'une infériorité économique et sociale amène à repenser les moyens de donner aux femmes une place égale aux hommes dans les sociétés contemporaines (II).

\*

\* \*

Les bouleversements économiques et sociaux inhérents aux deux guerres mondiales ont eu pour effet positif de se traduire par une émancipation juridique de la femme, suite

logique de l'émancipation de fait, notamment dans le domaine du travail, du fait des conséquences de la Première Guerre mondiale.

Le vingtième siècle que les historiens s'accordent à faire débuter en 1914 traduit le passage d'une inégalité de fait (A) à une émancipation en droit (B).

\*

Au début du XX<sup>ème</sup> siècle, la place de la femme dans la société contemporaine est celle que lui assigne la société traditionnelle : la sphère domestique. L'émancipation prônée par la révolution moderne ne s'est pas traduite dans les faits dans la place accordée aux femmes. Contrairement aux préconisations de Kant dans Qu'est ce que les Lumières ? de faire de la raison l'instrument de la libération de la tradition, de la religion qui permettra à l'homme d'être son propre maître notamment dans la sphère politique, la femme, elle, reste étrangère à cette révolution idéologique. Si Elisabeth Badinter dans Qu'est ce qu'une femme ? rappelle les débats entre Madame d'Epainay, Diderot et l'abbé Galiani sur la nature de la femme et sa place dans la société c'est pour déplorer l'absence de vision véritablement émancipatrice des deux hommes vis-à-vis de leur interlocutrice.

Au début du XX<sup>ème</sup> siècle la place de la femme se résume donc à ce que le chancelier Bismarck concevait comme le destin féminin : Kindern, Küche, Kirche, soit les trois K, à savoir les enfants, la cuisine et l'Eglise. Balzac dans La femme de trente ans dénonce par ailleurs cet asservissement en déclarant que le mariage n'est rien d'autre qu'une « prostitution légale ». Et Simone de Beauvoir dans les Mémoires d'une jeune fille rangée brosse le portrait de la jeune fille de bonne famille étrangère à toute réalité économique et sociale et qui n'a pas d'autre choix que de réussir son mariage. Le portrait au vitriol qu'Henri de Montherlant fera dans Les jeunes filles lui a valu un procès en machisme, alors qu'en 1950, il ne relate qu'une réalité sociale effrayante, la description réelle d'un monstre social. Les femmes qui échappent alors à cette condition sont soit des déclassées (Flora Tristan et Simone de Beauvoir pour une part) soit des exceptions par leur position sociale (Eléonore Roosevelt) ou leur choix atypique (Marie Curie).

La lente conquête d'une égalité de fait qui précédera une égalité de droit est tout d'abord le résultat des circonstances de la Première Guerre mondiale. L'hémorragie d'hommes envoyés au front oblige les femmes à travailler pour soutenir l'effort de guerre et à remplacer les hommes dans des tâches où elles se montreront leurs égales. Cette première égalité de fait qui passe par le travail massif des femmes est mondiale du fait de l'étendue des fronts, elle ne se traduira pas par un retour des femmes dans leur foyer.

Par ailleurs, cette émancipation de fait à une autre cause, les conséquences de la création des écoles normales d'instituteurs et supérieures féminines qui ont pour conséquence surtout pour les premières de faire accéder au savoir des couches sociales qui n'y accédaient pas. Le savoir et le travail sont donc les premiers vecteurs d'une émancipation de fait qui va se traduire en droit.

La lente révolution juridique qui va accorder des droits équivalents aux femmes peut commencer à partir du moment où les femmes ont acquis dans la sphère sociale une position économique indispensable. Ce n'est pas un hasard si les mouvements de suffragettes sont contemporains de la fin de la deuxième guerre mondiale, sauf dans quelques pays particulièrement en avance, telle la Nouvelle-Zélande.

A cette première conquête de droits politiques, celui de voter va succéder la lente conquête de la maîtrise par les femmes de leurs corps qui leur permettra une réelle émancipation sociale. Il est intéressant de rappeler que le refus du droit de vote des femmes se fondait sur l'argument de leur trop grande porosité aux prêches et à l'influence de leur mari. C'est pourquoi Léon Blum dans un ouvrage qui fit scandale prônait une émancipation sexuelle des femmes libératrice de toute influence traditionnelle !

En France, au droit de vote accordé en 1944, succédera une série de loi émancipatrices dans la sphère civile et pénale fin de l'autorisation maritale pour travailler

(1966), loi sur Neuwirth sur la contraception (1967), dépénalisation de l'interruption volontaire de grossesse (1975), partage de l'autorité parentale (1972).

Cette révolution juridique qui n'est pas propre à la France, aux Etats-Unis c'est à peu près à la même date que la Cour suprême dans l'arrêt Roe v/ Wade dépénalise l'interruption volontaire de grossesse, a une double origine : la sécularisation croissante de la société qui se traduit par un recul des églises traditionnelles et l'activisme des mouvements féministes revendiquant les droits des femmes à contrôler leur propre corps. Le mouvement de libération des femmes (MLF) a donc participé à cette volonté de conquête par les femmes de la maîtrise de leur sexualité.

Si les avancées dans la sphère civile et pénale ont eu des conséquences sur la place des femmes dans la sphère professionnelle (1982, loi sur l'égalité salariale), et sociale (mixité dans les établissements scolaires), la résorption des inégalités est loin d'être achevée.

En effet, à la fin du vingtième siècle, on peut faire le sombre constat que si le travail et le savoir ont été des facteurs d'émancipation des femmes, la révolution juridique qui a accordé aux femmes une égalité en droit aux hommes ne s'est pas traduite, dans les faits, par une disparition des inégalités dans les sociétés occidentales contemporaines.

Dans les sociétés contemporaines des pays en voie de développement le constat est similaire : plus la société se modernise, plus la place des femmes dans la société progresse et se traduit en droit par des avancés notables. Cependant, dans les sociétés dans lesquelles la religion a une place importante, l'égalité des femmes est moindre. Si l'on analyse la place des femmes en Tunisie et au Maroc, force est de constater qu'à un niveau de développement équivalent, la place de la femme n'est pas la même. En Tunisie, la loi sur le divorce donne un statut à la femme protecteur, là où au Maroc, la réforme du Code de la famille commence, à peine, une émancipation juridique en douceur, de la femme, de la tutelle masculine.

Ce double constat, émancipation juridique et persistance des inégalités sociales amène à s'interroger sur les moyens de donner à la place une véritable place égalitaire dans les sociétés contemporaines.

\*

\* \*

Les inégalités économiques et sociales qui malgré une égalité en droit demeurant sont la résultante d'une perception pérenne de l'infériorité de la femme ancré dans l'imaginaire collectif (A) Leur éradication nécessite de repenser la place de la femme dans les sociétés contemporaines, notamment à l'aide d'un arsenal juridique novateur (B).

\*

Les inégalités économiques et sociales se constatent par des écarts de salaires récurrents à l'avantage des hommes, à profession équivalente, pas à résultats scolaires équivalents des choix différents, les filières scientifiques sont ainsi nécessairement moins prisées, à études équivalentes, une position sociale moins avantageuse.

Toutes les sphères les plus valorisées sont touchées par ce constat. Dans le domaine politique, peu de femmes accède à la magistrature suprême et il suffit de se rappeler les injures sexistes qui ont accompagné la candidature d'Hillary Clinton pour comprendre que la révolution des mœurs n'a pas accompagné la révolution juridique. Dans le domaine scientifique, seule Marie Curie est au Panthéon, et l'on ne peut que constater que la patrie est davantage reconnaissante aux hommes qu'aux femmes. A ce constat désabusé, il est possible de convoquer quelques belles réussites, la major de l'Ecole Polytechnique, lieu de l'excellence scientifique, est en 1972, une femme, la première astronaute,...

Mais à convoquer l'exceptionnel au lieu du commun ne risque-t-on pas, alors de donner des arguments à ceux qui voient dans l'inégalité de genre une donnée de la nature là où elle n'est que sociale ?

Françoise Héritier, anthropologue dans Masculin/Féminin analyse les raisons d'une discrimination séculaire. Elle apporte une réponse qui tiendrait à la nature biologique des femmes, non pas pour renforcer la thèse essentialiste sur laquelle repose les sociétés traditionnelles mais afin de démontrer comment cette discrimination d'un sexe sur l'autre a pu être un invariant (société mythique des Amazones mises à part !). L'étrangeté de la femme qui lui permet non seulement de se reproduire à l'identique, mais de reproduire aussi des hommes serait un facteur explicatif de la volonté d'asservissement d'un sexe sur l'autre : maîtriser le corps des femmes pour maîtriser la filiation mâle.

Cette explication anthropologique expliquerait comment la domination se met ensuite en place de manière symbolique dans les secteurs d'activité, dans le vocabulaire, dans les représentations imaginaires et mentales. Dans la domination masculine, Pierre Bourdieu analyse la société berbère sous le prisme de la valorisation en fonction du féminin et du masculin. Il conclut son étude par le constat d'une « violence symbolique » exercée à l'égard des femmes, violence symbolique qui se traduit par une intériorisation involontaire de la victime, ici la femme, de sa supposée infériorité.

Le détour par l'anthropologie et la science sociale permet de comprendre les mécanismes qui jouent dans les entreprises de domination et expliquent leur persistance. Ainsi les femmes ne sont-elles pas non plus étrangères aux représentations mentales qu'elles subissent et dont elles n'arrivent pas forcément à se libérer.

Dominique Méda a mis en évidence ce phénomène dans l'expression « plafond de verre » : on perçoit le sommet sans réussir à se donner les moyens d'y arriver.

Ces représentations mentales dévalorisantes pour la femme sont prégnantes tant dans la mythologie grecque (le mythe de Pandore) que dans la conception judéo-chrétienne de la femme, Eve étant au même titre que Pandore responsables des maux de l'humanité. Les fondamentalismes religieux font du corps de la femme un objet de désir à dissimuler soit entièrement, notamment à travers la pratique pashtoune du voile intégral, soit en partie, chevelure à dissimuler sous un voile, une perruque, un chapeau...

La persistance de discriminations économiques et sociales amène à repenser les moyens de lutter contre leur maintien. Si la domination symbolique explique pour une part cet état de fait, elle n'a pas pour effet de conduire à un constat pessimiste mais au contraire d'aider à trouver des solutions innovantes à son éradication.

Tocqueville constatait que l'inégalité imaginaire succédait à l'inégalité de fait dans De la démocratie en Amérique en tant qu'observateur de la révolution égalitaire en marche aux Etats-Unis en 1830 et 1848. Ce constat tiré du Livre II, plus pessimiste engage néanmoins à la prudence en ce qui concerne la place des femmes dans les sociétés contemporaines.

En effet, il est probable que l'inégalité imaginaire soit autant à la source que le résultat de l'inégalité générique, raison pour laquelle, le choix déjà modéré, fait par le législateur de formes de discriminations positives, peut être un moyen efficace de lutter contre cette inégalité imaginaire.

Le décret de 1997 relatif à la féminisation des professions n'avait pas pour autre objet, en France, de faire passer à travers l'usage discriminant de la langue, une pratique qui serait valorisante pour les femmes et pour les rôles professionnels qu'elles sont à même d'exercer.

La loi de 2005 relative à la parité n'a pas non plus d'autre objet que d'offrir une forme de discrimination positive pour permettre un égal accès des femmes et des hommes aux mandats publics. C'est allier à la fois la promotion professionnelle et la promotion symbolique. Plus la représentation des femmes dans l'espace public sera banalisée, davantage la femme paraîtra, à ses yeux, et aux yeux des hommes, comme leur égale. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, a complété la Constitution pour promouvoir l'égalité sociale des femmes, comme celle de 2005 avait dû revenir sur la censure du

Conseil constitutionnel (CC, 1982, Quotas) peu favorable à toute forme de discrimination positive.

A ces avancées en droit positif doivent répondre des avancées économiques. Dans Le temps des femmes, Dominique Méda met en évidence que notre organisation sociale ne facilite pas l'insertion des femmes professionnellement lorsqu'elles ont une famille. Sans une véritable manière de promouvoir le travail des femmes, cette égalité de fait restera lettre morte.

Le choix de passer par une forme de discrimination positive par le législateur a pu être critiquable dans la mesure où c'était nier l'universalisme de la loi : pour autant cela peut être un moyen efficace que seul un certain recul temporel permettra d'apprécier de lutter contre les formes de dominations symboliques.

\*

\* \*

La place des femmes dans les sociétés contemporaines, au début du XXIème siècle est le résultat d'une lente conquête des droits civils et politiques qui demeure inachevée.

La prégnance de forme de domination symbolique, tant dans les sociétés traditionnelles que dans les sociétés modernes, rend l'achèvement de cette conquête égalitaire difficile dont l'enjeu dépasse l'égalité générique.

Pour que la révolution des droits de l'homme initiée au siècle des Lumières puisse permettre à l'homme de s'affranchir de toutes les formes d'aliénation, seule une place égale à part entière à celle de l'homme de la femme dans les sociétés contemporaines la rendra possible.

\*

\* \*



## COMPOSITION portant sur les problèmes politiques, internationaux, économiques et sociaux du monde contemporain

(durée : 5 heures)

**Sujet : « La place des femmes dans les sociétés contemporaines (1914-2009) »**

Copie B

Note : 16/20

Au milieu du XVIIe siècle, Molière proposait avec L'Ecole des femmes une satire de la place des femmes dans la société française et une caricature de la domination masculine, apparaissant ainsi comme l'un des précurseurs d'un mouvement d'émancipation inéluctable. Or, si le XVIIe siècle a vu certains progrès dans la condition féminine, avec notamment le début de l'éducation des filles de la noblesse désargentée au sein de l'institution fondée à Saint-Cyr par Madame de Maintenon, il faudra attendre véritablement le XXe siècle pour voir une réduction conséquente des multiples inégalités de genre.

Jusqu'au XXe siècle en effet, l'homme et la femme bénéficient d'un statut très différents, aussi bien sur le plan politique que sur le plan social et professionnel. Les femmes sont écartées de la sphère politique. Elles sont soumises, en France, par le Code civil napoléonien, à l'autorité des pères et des maris, et leur statut se trouve ainsi limité à leur fonction matrimoniale et sociale. L'année 1914, considérée comme le début du « court XXe siècle » du fait de la rupture qu'elle représente, constitue également un tournant pour la question de la condition féminine. Elle marque en effet le début d'un puissant mouvement d'émancipation politique, professionnelle et sociale des femmes dans les sociétés occidentales et, par contagion, dans le reste du monde. Les mutations qui se sont ainsi opérées entre le début de la Première Guerre mondiale et aujourd'hui sont considérables, leur manifestation la plus spectaculaire étant l'existence de femmes chefs d'État dans certaines des démocraties contemporaines.

Cependant, les évolutions politiques, juridiques, sociales et culturelles n'ont pas connu le même rythme ni les mêmes étapes chronologiques. Elles ont varié selon les pays, et une grande disparité demeure d'ailleurs aujourd'hui entre les pays du Nord et les pays du Sud sur ces questions. Surtout, ces évolutions dans les droits et dans les mœurs n'ont pas fait complètement disparaître les inégalités de genre qui, parce qu'elles reposent sur des fondements culturels et sociologiques, ne se modifient que très lentement. Ainsi, d'importantes inégalités pèsent encore dans les faits sur les femmes en 2009, y compris dans nos sociétés occidentales démocratiques et égalitaires. Dans quelle mesure peut-on dès lors œuvrer encore au rapprochement des conditions féminine et masculine, et notamment comment l'État peut-il accélérer et orienter l'évolution de comportements d'ordre largement culturel ?

La place des femmes dans la société a connu une évolution contrastée au cours du XXe siècle, selon les pays mais aussi selon les domaines concernées par des disparités de genre (I). Cependant, malgré des avancées considérables dans la réduction de ces inégalités, des disparités demeurent dans les faits, au sein des sociétés occidentales ainsi qu'entre pays développés et pays en développement, justifiant notamment la poursuite des politiques publiques destinées à les combler (II).

\* \*  
\*

La place des femmes dans la société a connu une évolution contrastée au cours du XXe siècle, selon les pays mais aussi selon les domaines concernés par les disparités de genre.

La question de l'égalité politique entre hommes et femmes au XXe siècle est marquée par d'importantes disparités selon les pays, les époques, et les rôles politiques concernés.

L'intégration des femmes dans le corps électoral a été la première étape essentielle dans le processus d'émancipation politique des femmes. L'obtention du droit de vote se fait cependant à des vitesses différentes selon les États : les femmes acquièrent ainsi le droit de vote à l'issue de la Première Guerre mondiale au Royaume-Uni, sous l'influence du mouvement des suffragettes, ainsi qu'en URSS avec l'avènement du communisme. En France, les femmes devront attendre 1944, du fait notamment de la crainte qu'elles ne renforcent l'électorat conservateur, qui ne sera dissipée qu'après la Seconde Guerre mondiale. Le suffrage universel, masculin et féminin, est aujourd'hui la norme sur la scène internationale, y compris sous des régimes discriminant fortement les femmes, comme en Iran.

Si la question de la femme élue semble aujourd'hui durablement réglée, celle de la femme éligible et élue ne l'est pas encore véritablement dans les faits. Le faible nombre de femmes accédant à des mandats électifs s'est en effet révélé très faible, conduisant les États à mettre en place des dispositifs de parité. La France a ainsi inscrit l'objectif de parité dans la Constitution en 1995, où elle figure aujourd'hui à l'article 1<sup>er</sup> : « *[La France] favorise l'égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux ainsi qu'aux responsabilités sociales et professionnelles* ». Aux États-Unis, une politique plus offensive de discrimination positive à l'égard des « minorités », dont les femmes, a été mise en place avec l'instauration de quotas. En France où la discrimination, même positive, est prohibée par la Constitution, la politique paritaire, plus souple, incite à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, à niveau de compétence égal, et indique des objectifs quantitatifs. Suite à l'effort entrepris par les partis politiques, l'Assemblée nationale compte aujourd'hui 38 % de femmes.

La Première Guerre mondiale a également constitué un tournant fondamental dans l'accès des femmes au monde du travail, qui ne fait plus aujourd'hui l'objet de contestation.

Avant 1914 en effet, le monde du travail restait largement fermé aux femmes depuis la petite bourgeoisie jusqu'à l'aristocratie, qui restaient cantonnées à leur rôle d'épouse et de mère. Elles ne pouvaient en effet exercer de métier en rapport avec leurs compétences qu'à travers une figure masculine, comme Aurore Dupin s'abritant derrière le pseudonyme masculin de George Sand pour publier ses œuvres, ou comme le personnage de Madeleine Forestier dans *Bel-Ami* de Maupassant, se servant de ses époux et amants pour exprimer son talent de journaliste à leur profit. Quant aux femmes issues des couches populaires, elles travaillaient par nécessité, dans les fermes familiales ou la domesticité. Dans tous les cas, elles restaient le plus souvent soumises à la tutelle et à l'autorité du père de famille sur leur travail. Et toute élévation sociale signifiait généralement pour les femmes la sortie du monde du travail.

Les nécessités de la machine économique, dans le contexte d'une guerre totale entre 1914 et 1918, vont faire entrer véritablement les femmes dans le monde du travail. L'économie de guerre, contrainte par la rareté de la main-d'œuvre masculine, pousse à l'emploi massif des femmes, qui remplacent les hommes partis sur le front dans les usines d'armement ou au volant des véhicules. La durée et l'ampleur du conflit contribuent ainsi fortement à établir l'habitude du travail féminin. Le nombre de blessés de guerre, en amputant la main-d'œuvre de l'entre-deux-guerres, permettra à nombre d'entre elles de demeurer sur le marché du travail. Le même phénomène se reproduira dans les pays effectivement mobilisés par la guerre entre 1939 et 1945, notamment au Royaume-Uni et aux États-Unis. Enfin, avec la fin des Trente Glorieuses, l'essor du chômage de masse et

les politiques de rigueur salariale dans les années 70 et 80, les femmes se voient contraintes d'entrer massivement sur le marché du travail, qui comprend aujourd'hui plus de 85 % des femmes en âge de travailler. L'accès des femmes au monde du travail, qui s'est opéré progressivement et par nécessité, a également pu être obtenu dans le cadre d'un programme politique et idéologique : en Russie, sous l'impulsion du régime communiste, le travail féminin est imposé à partir de 1917.

L'égalité sociale entre hommes et femmes a pour sa part connu une évolution plus heurtée et plus lente au XXe siècle dans l'ensemble des sociétés.

C'est en effet dans la seconde moitié du siècle que va s'opérer un véritable rapprochement des conditions féminine et masculine dans la sphère culturelle et sociale. Il faudra ainsi attendre les années 1960 pour voir supprimer en France la tutelle juridique des maris sur leur femme, avec la réforme du Code civil qui procède à l'égalisation des statuts. Ainsi, la femme peut désormais ouvrir un compte en banque de son seul fait, sans l'accord de son mari. Ce rapprochement des conditions se manifeste également dans le décloisonnement des sexes, à travers notamment l'instauration de la mixité en milieu scolaire à partir des années 1970. Enfin, sur le plan culturel, ce rapprochement peut également être observé dans le domaine de la mode, qui voit se généraliser et se normaliser l'usage du pantalon par les femmes, également à partir des années 70. Tous ces éléments indiquent donc, de façon plus ou moins spectaculaire, qu'une convergence s'opère dans les modes de vie des hommes et des femmes, contribuant ainsi à une égalisation des conditions et des statuts.

Ces transformations culturelles et sociales sont particulièrement sensibles en ce qui concerne le rôle familial traditionnellement dévolu aux femmes. L'avènement de la société de consommation dans le cadre des Trente Glorieuses, et notamment la démocratisation de l'équipement électroménager en Europe, libèrent partiellement les femmes des tâches ménagères, favorisant ainsi leur émancipation vis-à-vis de leur rôle traditionnel de femmes au foyer et leur accès au monde du travail. Mais c'est surtout à partir de 1968 que l'émancipation culturelle et sociale des femmes s'accélère, avec le mouvement de libération sexuelle mais aussi la fondation des associations féministes, qui s'engagent dans la revendication des droits des femmes et se déclarent partisans d'une égalité radicale entre hommes et femmes, prônant parfois une véritable révolution féministe et une prise du pouvoir par les femmes. L'activisme de ces mouvements a permis de nombreuses avancées dans le domaine des droits des femmes, autour notamment de l'utilisation de la pilule contraceptive ou de la dépénalisation de l'avortement, votée en France en 1975.

L'évolution de la place des femmes dans les sociétés contemporaines s'est donc accélérée au XXe siècle, quoique à des vitesses différentes selon les pays et les domaines concernés par des inégalités. Mais si l'égalité de droits, à la fois politiques, économiques et sociaux, est aujourd'hui bien acquise entre hommes et femmes, du moins dans nos sociétés occidentales, elle n'a pas suffi à faire disparaître les inégalités de fait qui s'attachent encore à la condition féminine en 2009.

Malgré des avancées considérables dans la réduction des inégalités de genre, des disparités demeurent dans les faits, au sein des sociétés occidentales mais aussi entre pays du Nord et du Sud, justifiant notamment la poursuite des politiques publiques destinées à les combler.

Ainsi les progrès réalisés tout au long du XXe siècle dans l'égalisation des conditions masculine et féminine ne doivent pas masquer pour autant la persistance d'inégalités importantes dans les faits et selon les États.

Les sociétés occidentales se caractérisent encore aujourd'hui par une disparité entre le droit et le fait en ce qui concerne la place des femmes, particulièrement sensible dans le milieu professionnel et familial. Sur le plan professionnel, les femmes se trouvent en effet victimes de discriminations salariales : globalement, à niveau de compétence égal, les femmes ont des salaires environ 25 % inférieurs à ceux des hommes. Mais les

discriminations professionnelles concernent également l'embauche et le déroulement de carrière. Malgré la prise en charge des congés de maternité et des congés parentaux par la Sécurité sociale, les femmes peuvent ainsi faire l'objet de discriminations à l'embauche ou lors de promotions du fait du risque de grossesse. Si la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité a été instituée pour réprimer de telles pratiques, celles-ci ne sont pas toujours faciles à prouver pour les victimes.

A ces discriminations professionnelles s'ajoutent également des inégalités d'ordre familial, concernant les travaux domestiques et la charge des enfants. Les études annuelles du CREDOC révèlent ainsi systématiquement la persistance de grandes inégalités de genre concernant les travaux domestiques, auxquels les femmes consacrent en moyenne cinq fois plus de temps que les hommes chaque semaine. Cette inégalité est également qualitative, puisque les hommes s'occupent essentiellement des tâches considérées comme les plus valorisantes et traditionnellement masculines : bricolage, entretien du jardin, mécanique, ... L'étude du CREDOC de 2009 montre à l'inverse que plus de 85 % des hommes ne font jamais de repassage, par exemple. De plus, en cas de difficultés familiales, ce sont plus souvent les femmes qui se retrouvent dans la précarité : la grande majorité des familles monoparentales concerne des femmes. Ce sont également elles qui subissent les conséquences de l'insuffisance des infrastructures de garde d'enfant, très pénalisantes pour l'accès au marché du travail. L'instauration du Congé parental d'éducation, qui constitue l'une des réponses à ces difficultés, a révélé là encore des inégalités de genre, puisque cette possibilité est utilisée trois fois sur quatre par le conjoint féminin.

A ces disparités importantes au sein des sociétés occidentales s'ajoutent également les disparités entre pays développés et pays en développement. Les femmes sont en effet les principales victimes des difficultés qui affectent le Tiers-Monde : sous-nutrition, conflits, violences, sida, analphabétisme... frappent plus durement les femmes, et les enfants dont elles ont la charge, que la population masculine, notamment sur le continent africain. A ces inégalités de fait peuvent aussi s'ajouter des inégalités de droit, dans le cas par exemple des pays qui appliquent la Shariah, où la femme dispose d'un statut juridique et social inférieur, subordonné à l'autorité familiale masculine. Ce phénomène pose notamment un problème aigu dans l'intégration des populations musulmanes au sein de nos sociétés, puisque ces principes culturels et religieux heurtent les valeurs fondamentales de nos démocraties occidentales qui prônent en droit et visent en fait l'égalité entre hommes et femmes. La controverse récente autour du voile intégral en est une illustration.

Les inégalités entre hommes et femmes demeurent enfin ancrées dans les représentations. Nos sociétés restent en effet modelées selon des stéréotypes de genre, qui imprègnent le processus de socialisation. Ces stéréotypes ont pu être mis en évidence expérimentalement : on montrait la photo d'un bébé en train de pleurer à deux groupes distincts en disant au premier qu'il s'agit d'une fille et au deuxième qu'il s'agit d'un garçon, et en leur demandant d'expliquer ces pleurs. Tous les adultes du premier groupe répondaient « parce qu'elle est triste », et tous ceux du second « parce qu'il est en colère ». Ainsi les stéréotypes de genre conditionnent l'éducation dès les premiers moments de la vie. Ce rôle de l'éducation est fondamental, comme l'ont montré Baudelot et Establet dans leur ouvrage *Allez les filles !* qui étudie les mécanismes conduisant les filles à s'auto-éliminer des filières scientifiques pour des raisons strictement culturelles.

L'intervention des pouvoirs publics et la mobilisation de la société civile s'avèrent donc toujours nécessaires pour œuvrer dans le temps à une réduction progressive des inégalités de genre à travers des politiques ciblées.

L'éducation joue à cet égard un rôle central, puisqu'elle touche à la socialisation et à la transmission des habitudes culturelles. Il paraît nécessaire de sensibiliser les parents dans leur rôle d'éducateur du genre, pour minimiser les différences de traitement entre filles et garçons. L'école doit aussi jouer un rôle fondamental dans le soutien des filles lors des démarches d'orientation. Enfin, le rôle des médias s'avère déterminant dans la

symbolique et la création des modèles de genre, et il semble donc nécessaire d'établir avec eux un dialogue pour les responsabiliser sur la question des inégalités de genre.

Mais les politiques ne peuvent se limiter au champ de nos sociétés occidentales et doivent aussi concerner l'aide au développement, qui doit être prioritairement axé, autant que possible, vers les femmes, notamment en ce qui concerne l'éducation.

Enfin, l'État a un rôle considérable à jouer dans le cadre des politiques de la famille, et notamment face au problème de la garde des enfants, qui pénalise fortement les femmes, notamment en situation de précarité, concernant l'accès au marché du travail. Une politique active de construction de crèches semble donc inévitable, et devra s'accroître dans les années à venir afin de réduire efficacement les inégalités de genre.

\* \*  
\*

La place des femmes dans les sociétés contemporaines s'est considérablement améliorée depuis le début du XXe siècle, notamment dans les sociétés occidentales où l'égalité de droits ne fait plus l'objet aujourd'hui de contestation. Cependant, les inégalités de genre n'ont pas disparu. Ainsi l'égalité de droits peut aussi masquer des inégalités de faits qui empêchent encore la réalisation d'une égalité effective. L'égalité de droits peut même s'avérer incomplète, et parfois niées, notamment dans les sociétés des pays en développement ou les sociétés fondées sur des principes alternatifs au modèle de la démocratie occidentale. Les inégalités de genre qui demeurent sont toujours d'ordre culturel, ce qui implique des évolutions lentes, que peuvent cependant promouvoir et accompagner l'action des pouvoirs publics et des organisations de la société civile, en termes notamment d'éducation et de lutte contre la précarité.

L'égalité des sexes ne saurait signifier identité, et l'objectif des politiques aujourd'hui n'est pas de nier les différences entre homme et femme mais d'en neutraliser les effets discriminants, inévitables et donc dommageables. Les progrès acquis en la matière ne doivent pas masquer l'étendue restant à parcourir. La question de la place des femmes occupe notamment un rôle central dans les relations Nord/Sud, et doit constituer aujourd'hui l'un des axes majeurs du dialogue des cultures à l'intérieur de nos sociétés occidentales comme sur la scène internationale, à côté de la question de l'éducation à laquelle elle est également étroitement corrélée.



## COMPOSITION portant sur les problèmes politiques, internationaux, économiques et sociaux du monde contemporain

(durée : 5 heures)

**Sujet : « La place des femmes dans les sociétés contemporaines (1914-2009) »**

Copie C

Note : 16/20

La place des femmes est une préoccupation majeure dans les sociétés contemporaines, et le souci de favoriser son amélioration est fréquemment un axe important de leurs politiques sociales. De fait, celles-ci ne sauraient être trop ambitieuses et lucides en la matière : Tzvetan Todorov a ainsi pu déclarer, lors d'un colloque à Paris en 2000, que la société française de la fin des années 1990 était moins clémente envers ses femmes que la société néerlandaise du XVIII<sup>e</sup> siècle.

En effet, même pour les sociétés les plus libérales, l'humilité est de mise dans l'évaluation de la place qu'elles réservent aux femmes. Alors même que l'égalité des droits est proclamée dans les sociétés démocratiques, le rôle qu'y jouent les femmes est largement conditionné par leur sexe et la perception sociologique de celui-ci, qu'elle s'exprime dans la répartition des tâches quotidiennes ou l'accès aux centres du pouvoir économique et politique.

Est-on dès lors en présence d'un paradoxe insurmontable entre l'égalité des droits acquise (à tout le moins dans les sociétés démocratiques) et la persistance d'inégalités de fait criantes ? La prise de conscience de l'injustice que constitue la sujétion de la femme ne semble, en effet, pas avoir débouché sur une vision cohérente de leur rôle dans les sociétés contemporaines. Ainsi, la « cause des femmes », c'est-à-dire la volonté de favoriser leur place dans les sociétés contemporaines, n'est-elle pas devenue un objectif dont tous se réclament, en vertu d'objectifs et de principes parfois fort différents ?

Le XX<sup>e</sup> siècle a été l'occasion d'une prise de conscience de l'inéquité de la place des femmes et d'un rattrapage incontestable dans les pays démocratiques (I). La place des femmes reste caractérisée par une grande disparité à travers le monde. Ainsi aucune société ne semble avoir atteint le point d'équilibre. Des politiques volontaristes y tendent, mais celles-ci sont traversées de contradictions (II).

\* \*  
\*

Lorsqu'éclate la première guerre mondiale en 1914, les femmes ne sont l'égal de l'homme ni en droit, ni en fait. La mentalité de l'époque considère en effet encore la femme comme un être incontrôlable et instable, si ce n'est décidément inférieur. Ainsi en France, au début du XX<sup>e</sup> siècle, l'influence du médecin Alexis Carrel est à son zénith. Fer de lance de la morphométrie et précurseur de l'eugénisme, celui-ci prétend dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, outre classer les hommes en races selon leurs mensurations anatomiques, découvrir que la femme ne peut être qu'un être inférieur à l'homme, son cerveau étant moins volumineux. Cette démarche, certes pseudo-scientifique mais influente, relègue ainsi la femme à un rang peu enviable d'intermédiaire entre la bête et la vraie perfection humaine, l'homme blanc.

Le poids des sociétés patriarcales, en particulier judéo-chrétiennes, s'y ajoute, parfois sous des formes modernes. Ainsi les médecins hygiénistes, aux États-Unis, présentent la femme comme contrôlée par sa sexualité et renouvellent le tabou autour de

son corps, dont le contact entraîne le vice et la déchéance morale. Bien qu'ils soient libres de cette forte connotation religieuse, les travaux de Sigmund Freud, à Vienne, découvrent une maladie, étymologiquement cruelle, « l'hystérie », accreditant de la même manière l'idée que l'esprit de la femme n'est, d'une manière clairement liée à sa sexualité, par l'entremise de l'influence psychique de ses organes reproducteurs, pas en mesure de contrôler son corps.

Pourtant, les femmes avaient montré depuis longtemps être l'égal des hommes intellectuellement. En France, Madame de Lafayette, Madame de Sévigné, ou Germaine de Staël, dans le domaine des lettres, Sophie Germain ou Marie Curie, dans celui des sciences, avaient prouvé que les femmes étaient capables d'accomplissements intellectuels dignes de n'importe quel génie masculin. Mais, victimes des idées de leurs époques, ces femmes n'avaient été considérées que comme des êtres miraculeux, échappés de leur condition féminine, sans qu'une transformation intellectuelle et sociologique puisse se mettre en marche.

Dans ce contexte, le rôle joué par les deux guerres mondiales est décisif dans la définition d'un nouveau rôle des femmes, même si l'apport de la première guerre est plus modeste.

L'entre-deux guerres n'apporte en effet pas de changement fondamental à la place des femmes dans le monde occidental, même si c'est le début de l'égalité politique : c'est en effet à cette période que les femmes acquièrent le droit de votes dans quelques pays, soit de vieilles démocraties : États-Unis, Royaume-Uni (les « suffragettes »), soit des pays nouveaux (Turquie en 1923). Cette avancée importante mais limitée n'est pas suivie d'effets de nature sociologique ; au contraire, les « roaring twenties » confortent l'idée de la femme frivole, tournée vers la satisfaction et le divertissement de l'homme (artistes de cabaret célèbres en France – Joséphine Baker – et en Allemagne, apparition des premières pin-ups aux États-Unis). Puis lorsque survient la grande dépression consécutive à la crise de 1929, ceux des pays qui ne parviennent pas à résister à la montée du fascisme connaissent une régression brutale de la place des femmes. Ainsi le programme du NSDAP aux élections générales de 1933 en Allemagne est parfaitement clair concernant les femmes, de même que son slogan, resté célèbre pour son allitération en K : « enfants, église, cuisine ».

L'émancipation des femmes n'est donc pas acquise quand survient la seconde guerre mondiale, surtout parce que les femmes n'ont pas encore investi massivement le marché du travail. C'est à cette transformation que la seconde guerre contribue largement.

En effet, la mobilisation générale s'accompagne de la nécessité de faire tourner l'appareil productif à plein régime. Bien que ce constat ne soit applicable qu'aux pays qui ont pu poursuivre leur effort de guerre (donc en particulier nullement à la France, vaincue en 1940), ses effets se répercutent après la guerre dans l'ensemble du monde occidental. Le rôle joué par les femmes au cours de la seconde guerre mondiale, qui ont assuré une grande part de la production industrielle et de la logistique militaire (ainsi dans l'armée des États-Unis au cours du deuxième conflit mondial, quasiment tous les télégraphistes d'état-major étaient des femmes) a produit la transformation sociologique qui a permis aux femmes d'entrer sur le marché du travail à partir des années 1950.

Dès lors, c'est à une double affirmation du rôle des femmes dans les sociétés contemporaines que le XXe siècle donne naissance. Économique d'abord, par la conquête du marché du travail. En France, les grandes écoles et les administrations avaient ouvert la plupart de leurs portes aux candidates de l'entre-deux-guerres.

L'affirmation est ensuite politique, qui à l'égalité des droits adjoint les débuts de la participation des femmes à la représentation électorale.

Le droit de vote est ainsi acquis par les femmes en France en 1946 et se généralise en Europe à la même époque. Le préambule de la Constitution de 1946 proclame solennellement l'égalité des droits entre les hommes et les femmes. Ce n'est pourtant que

dans les années 1960 que les françaises obtiennent le droit de divorce sans le consentement de leur époux, et d'ouvrir un compte en banque sans son accord. Enfin, les années 1970 voient l'apparition des premières femmes chef d'État ou de gouvernement aptes à jouer un rôle sur la scène internationale : Golda Meir (Israël), Margaret Thatcher (Royaume-Uni) et Benazir Bhutto (Pakistan). En Europe, Mary Robinson et Tarja Halonen deviennent présidentes de leurs républiques respectives (Irlande, Finlande) au cours des années 1990.

En France, l'émergence de femmes politiques de niveau national a souvent paru retardée plus que de raison. La première d'entre elles, Simone Veil, reste cantonnée à des fonctions réputées féminines (Ministre de la Santé). C'est l'impulsion de deux présidents, François Mitterrand et Nicolas Sarkozy, qui permet de donner des portefeuilles régaliens à des femmes : Edith Cresson, Premier ministre en 1991 ; Michèle Alliot-Marie, ministre de la Défense puis de l'Intérieur de 2007 à 2009.

Le XXe siècle a donc permis un rattrapage incontestable de la place des femmes dans les sociétés contemporaines. C'est à la lumière de ces évolutions qu'il convient d'analyser sa forte disparité dans le monde, son caractère incomplet, et les politiques volontaristes visant à la promouvoir.

\* \*  
\*

À la suite de l'évolution décrite précédemment, la place des femmes est caractérisée par une forte disparité dans le monde contemporain.

Dans les sociétés non-démocratiques en effet, le poids des structures familiales traditionnelles est plus fort que dans les démocraties. Or, bien que les sociétés traditionnelles matriarcales existent sur tous les continents, ainsi que l'a rapporté Claude Lévi-Strauss, les sociétés patriarcales ont toujours été beaucoup plus nombreuses.

De fait, les sociétés où les structures traditionnelles sont les plus prégnantes sont aujourd'hui celles où la place des femmes est la plus marginale. Il en est ainsi de la combinaison de féodalité et de tradition sunnite rigoriste qui existe dans plusieurs pays du Golfe Persique. Par exemple en Arabie Saoudite, outre les impératifs vestimentaires, qui ne sont que la partie la plus évidente de la relégation de la femme, celle-ci n'est pas considérée comme un adulte responsable, et est soumise à la tutelle des hommes de sa famille, puis de son époux. Dans d'autres sociétés, parfois engagées sur la voie de la démocratie, en particulier en Afrique, la polygamie est une norme sociale acceptée. Le rôle de l'urbanisation est ici majeur : plus une société est tournée vers des modes de production ruraux et agricoles, plus la permanence des structures traditionnelles est forte.

À l'inverse, dans un pays totalement industrialisé comme le Japon, la place des femmes est également distincte de celle des hommes. Contrairement à ce qui s'est produit en Europe, le Japon n'a pas connu de pénétration des lieux de pouvoir par les femmes. Aucune femme japonaise n'a joué de rôle politique national au Japon. Bien que les jeunes générations aient modifié leur perception sur ce point, la place de la femme japonaise reste largement comprise comme celle de maîtresse de maison. Celles des japonaises qui travaillent sont en effet le plus souvent cantonnées dans des emplois subalternes.

Ce problème de l'élévation des femmes dans la hiérarchie professionnelle, singulièrement en entreprise, concerne tout autant l'Europe et en particulier la France. Seule une femme, Anne Lauvergeon, dirige un groupe du CAC 40 (Areva). Plus largement, les statistiques de l'emploi sont sur ce point flagrantes : les femmes sont beaucoup plus touchées que les hommes par le chômage, le travail partiel non choisi, et le travail peu qualifié, à quoi on peut ajouter que certains métiers sont quasi-exclusivement féminins (sages-femmes, infirmières). Enfin, à qualification égale, les femmes continuent de gagner moins d'argent que les hommes : 6 % selon une étude de l'OFCE de 2007.

La situation n'est pas homogène en Europe sur ce point. Ainsi, aux Pays-Bas, où le travail partiel est beaucoup plus répandu qu'en France, ce sont souvent des femmes qui

occupent ces emplois, par conséquent le taux d'emploi partiel des femmes y est plus élevé qu'en France. Plus généralement, la perception du rôle des femmes est diverse au sein des pays européens. Ainsi, dans les pays les plus libéraux (Suède, Finlande, Pays-Bas), la vision d'une femme allaitant n'est ni rare ni choquante, parfois jusque dans l'enceinte du parlement national. À l'inverse, dans les pays où l'influence religieuse est la plus forte, le droit à l'avortement est soit inexistant (Irlande, Portugal) soit limité et objet de l'hostilité d'une forte minorité (Espagne, Italie, ainsi qu'aux États-Unis).

Ainsi, y compris dans les sociétés démocratiques avancées, l'égalité des droits n'a pas permis d'éliminer l'infériorité relative dans laquelle les femmes se trouvent. Des mesures volontaristes ont donc été imaginées pour pallier ce manque. Celles-ci ont été inspirées par une réflexion qui a eu pour sources le mouvement féministe de la fin du XXe siècle et « l'affirmative action » mise en œuvre aux États-Unis.

Or le mouvement féministe se compose de deux tendances différentes. La première a pour postulat intellectuel que les différences biologiques entre l'homme et la femme ne doivent pas se traduire dans le champ social et politique. Ce mouvement, représenté en France par le Mouvement de Libération de la Femme (MLF), vise à une égalité des droits sans mesure discriminatoire comme l'illustre le slogan « les femmes sont des hommes comme les autres ». Une seconde tendance à l'inverse prône l'affirmation de la féminité et sa transcription dans le champ social et politique. C'est cette tendance qui est à l'origine de la féminisation des noms de métiers et des mesures de parité inspirées de « l'affirmative action » américaine.

Ces mesures de parité, d'abord refusées par le Conseil constitutionnel en 1982, ont été rendues compatibles avec la Constitution en 1999 (pour les mandats électifs) et renforcées en 2008 (pour le monde de l'entreprise). Ainsi, la parité à la française semble devoir se développer, voire s'imposer. Pourtant, cette politique volontariste n'est pas dénuée de contradictions.

Ses contempteurs estiment en effet, en premier lieu, que l'exemple américain montre l'effet pervers de la discrimination positive : dès lors que la valeur n'est plus le seul gage de la réussite (par le jeu des « places réservées »), l'estime et la crédibilité du bénéficiaire en sont atteints. Cet argument est de même repris par ceux qui déplorent la rupture de l'égalité républicaine.

D'autres, qu'ils approuvent ou réprouvent les mesures de parité, constatent que celle-ci n'a aucun effet sur les scrutins uninominaux (près de 90 % des députés français sont des hommes) et que par conséquent tout renforcement du scrutin uninominal affaiblit la parité en sapant son fondement.

Plus fondamentalement, cette réflexion fait l'impasse sur le point de savoir si toutes les mesures de compensation en faveur des femmes reviennent à améliorer leur place dans les sociétés contemporaines. Ainsi, la disproportion entre la durée du congé de maternité et celle, et l'accessibilité, du congé de paternité contribue peut-être à perpétuer la vision de femmes mères au foyer et de pères gagne-pain. Il en va de même pour les annuités de retraite automatiquement accordées à chaque femme pour chaque enfant élevé : le risque existe que ces mesures, individuellement salutaires, enferment collectivement les femmes dans leur ancien stéréotype de fragilité et de besoin de protection.

\* \*  
\*

Incontestablement, le XXe siècle a permis la réalisation de progrès forts dans la place des femmes dans les sociétés contemporaines. Ces avancées sont cependant peu homogènes à l'échelle du globe.

Le paradoxe des sociétés démocratiques, où l'égalité des droits n'a pas entraîné d'équité réelle, a conduit à l'apparition de politiques volontaristes. Les résultats de celles-ci demandent encore à être évalués.

Promouvoir le rôle des femmes est une cause populaire, mais dont les modalités peuvent être divergentes. Que la ministre de la justice ne s'arrête que cinq jours pour mettre un enfant au monde suscite des interrogations contradictoires. La place des femmes dans les sociétés contemporaines reste donc à inventer.



## COMPOSITION portant sur la science politique et le droit constitutionnel

(durée : 4 heures)

Sujet : « L'opposition politique »

Copie A

Note : 16/20

Pour Barnave, « la démocratie, sans des contrepoids puissants, mène de toute nécessité à l'anarchie populaire ». L'émergence de l'opposition politique est concomitante au développement des régimes démocratiques pluralistes. Théoriquement pour Rousseau (Du Contrat social, 1762), l'opposition politique devait disparaître par son inclusion dans la formulation de la volonté générale. La vision de B. Constant confirme en revanche sa nécessité dans un régime politique libéral. On peut affirmer que le degré de libéralisme politique se mesure par la place accordée à l'opposition politique. On exclura ici les mouvements d'opposition de type groupes d'influence (lobbies), médias etc. L'opposition politique répond à une définition stricte, elle est un ensemble de partis politiques qui se déclarent comme tels et qui participent légalement à la vie politique de la nation. Il convient de ne pas assimiler opposition et groupes minoritaires. Sans exclure l'étude des régimes politiques étrangers et antérieurs à la Cinquième République, on remarque que les régimes contemporains prennent de plus en plus modèle sur le régime parlementaire britannique en accordant un véritable statut constitutionnel à l'opposition (comme l'a fait la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 en France). La raison de ce renforcement réside dans l'exigence de pluralisme de nos régimes. Par les débats qu'ils suscitent, la représentation nationale qu'ils constituent, l'importance des alternances, l'opposition est au cœur des régimes démocratiques pluralistes et est le signe de sa vitalité. Dans cette perspective, le rôle des partis politiques est structurant. Par ailleurs, l'opposition politique est le plus souvent associée à l'exercice du pouvoir en constituant un contre-pouvoir nécessaire. Le contrôle du Gouvernement et sa participation à l'élaboration des normes au Parlement situe l'opposition au centre de l'exercice du pouvoir malgré la puissance des majorités politiques. Le point commun à ces éléments réside dans l'évolution de la séparation des pouvoirs qui renouvelle aujourd'hui la vision de Montesquieu (L'Esprit des lois, 1748) en faisant du clivage entre la majorité et l'opposition politique le lieu de la séparation des pouvoirs. Ainsi, dans quelle mesure l'opposition politique est-elle au cœur de la vitalité des régimes politiques libéraux (pluralistes) ? Comment son statut politique détermine-t-il ses fonctions politiques et juridiques ?

Si l'opposition politique est au cœur des régimes pluralistes (I), elle est également un contre-pouvoir nécessaire et efficace face à la majorité politique (II).

\* \* \*

### **I – L'opposition politique est l'instrument vital des démocraties libérales**

On peut considérer que le statut de l'opposition est déterminant pour le degré de pluralisme d'un régime et l'alternance qui l'accompagne.

#### **A – Le statut de l'opposition est déterminant pour la définition du pluralisme dans les régimes démocratiques libéraux**

La liberté d'expression, la libre participation aux suffrages, l'absence de censure politique sont autant de caractéristiques des régimes démocratiques libéraux. Dans cette perspective, le pluralisme politique défini comme la capacité d'un régime à donner des droits à différents partis politiques prend son sens et toute son effectivité dans la capacité qu'à l'opposition politique de se faire entendre, de représenter la nation et d'obtenir des droits en proportion. Comme l'indique Raymond Aron, le statut de l'opposition définit le degré de pluralisme d'un régime. Les régimes autoritaires se caractérisent en effet par l'absence de visibilité légale à l'opposition et la présence de la censure politique. C'est en ce sens que le pluralisme politique est aujourd'hui menacé dans la Confédération de Russie. La représentation de l'opposition sur la scène politique dépend de sa liberté de constitution (simple loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 en France sous la forme associative). Différentes lois contre l'opposition des milices en 1934 en France ou la décision de la Cour fédérale allemande de dissoudre en 2001 un parti politique extrémiste turc encadrent le pluralisme dans un souci de démocratie. La représentation dépend aussi du mode de scrutin. Un scrutin proportionnel favorise les petits partis mais aussi une représentation forte des citoyens. La place de l'opposition y est forte dans la mesure où les multiples partis déterminent finement le jeu des majorités (cas de la IV<sup>e</sup> République en France). Les majorités sont alors réversibles. Le pluralisme permet alors un débat politique vif et évince les stratégies de « vote utile » que l'on rencontre dans les scrutins majoritaires. Le scrutin majoritaire accentue le clivage majorité/opposition par le bipartisme qu'il favorise. Ce clivage est important pour la visibilité et le positionnement de l'opposition dans la mesure où en France l'appartenance à l'un des deux camps détermine les règles de parole dans l'audiovisuel (le Conseil supérieur y veille et a notamment été attentif au rôle du Modem dans la campagne de 2007, celui-ci se déclarant dans l'opposition). La représentativité de l'opposition détermine également l'ampleur de son financement public.

Le système partisan évolue d'un pays à l'autre et détermine historiquement le rôle de l'opposition. L'existence d'une opposition n'empêche pas l'existence d'un consensus sur les données fondamentales du régime politique. C'est le cas aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne. La faculté de l'opposition à s'opposer est alors relative. Mais le régime partisan caractérise les stratégies politiques et l'opportunisme politique. Ainsi, malgré le bipartisme avéré en Grande-Bretagne avec les conservateurs et les travaillistes, le nombre de voix obtenues par les libéraux est très important. L'absence de fiefs électoraux stables les empêche de détenir de nombreux sièges à la chambre des Communes mais en fait un acteur majeur du jeu politique. Le consensus britannique inclut l'opposition sur le statut de la monarchie et l'importance du libéralisme économique. Aux Etats-Unis, la victoire des Fédéralistes aux débuts du régime est également à la source du consensus politique. L'opposition est alors diluée dans la mesure où les clivages sont surtout locaux (on désigne souvent les Etats-Unis comme le pays à 100 partis). Au Nord, les démocrates sont réputés plus proches des républicains. Au niveau national, le faible contraste s'accroît par le poids du Président des Etats-Unis qui dispose de larges compétences pour faire accepter ses choix, même à une majorité parlementaire d'opposition. Ainsi le pluralisme est consubstantiel à la démocratie mais la force de l'opposition est variable.

#### B – L'opposition politique détermine la possibilité de l'alternance par la discipline partisane

Le clivage entre la majorité et l'opposition est au cœur d'une définition renouvelée de la séparation contemporaine des pouvoirs. Le pouvoir exécutif dispose majoritairement d'une majorité parlementaire entérinant et soutenant ses choix, y compris dans le cadre des régimes où le président de la République est élu directement par le peuple. En France, depuis 1962, le président dispose d'une légitimité issue du peuple, cependant, l'inversion du calendrier électoral en 2000 favorise la concordance des majorités. La majorité et l'opposition se déterminent ainsi en fonction de la majorité présidentielle. Cela conduit à

la recherche d'une discipline partisane forte. Au sein de la majorité, l'opposition intra-partisane est limitée, c'est ce qui a permis le succès de l'UMP en 2007 et plus largement la discipline de parti que l'on connaît aujourd'hui autour du président de la République. Le poids des partis politiques en fait des machines électorales nécessaires pour gagner des élections (Chaban-Delmas a pu en faire l'amer constat). Mais la discipline peut aussi s'appliquer à l'opposition extra-partisane.

Nul n'est à l'abri d'une possible alternance et comme le rappelle B. Constant, « les minorités d'aujourd'hui font les majorités de demain ». L'opposition, pour être en mesure d'incarner une future alternance, se doit de limiter le pluralisme dans ses rangs. L'opposition n'est pas nécessairement le fait d'un seul parti mais le bipartisme correspond souvent à des régimes à alternance régulière. Ainsi, en Grande-Bretagne, la contrainte partisane est très forte et correspond au statut juridique dont dispose l'opposition. Les « leaders » aux chambres veillent à la régularité politique des votes des membres de leur parti en ayant la possibilité de sanctionner un vote contraire aux consignes partisanes. En France, l'article 27C dispose que le vote est personnel, rien de tout cela n'est donc possible. En Grande-Bretagne, le poids du bipartisme donne un vrai rôle à l'opposition, son leader est rémunéré sur fonds publics (nous le verrons), cette possibilité renforce la pertinence de l'opposition face à une possible alternance.

L'alternance et le pluralisme sont nécessaires au développement des régimes démocratiques libéraux mais c'est à travers le statut de l'opposition et la discipline inter et intra partisane que l'opposition s'affirme. Elle voit également son rôle valorisé en proportion de l'étendue de ses fonctions.

\*

## **II – L'opposition politique est un contre pouvoir actif**

C'est à travers le rôle des parlements que se trouve le rôle de l'opposition puisqu'elle y est structurée et qu'elle y dispose d'importants pouvoirs, aussi bien de contrôle que de construction normative.

### **A – L'opposition est au cœur du contrôle politique du Gouvernement**

Dans les régimes parlementaires, un des rôles clés du Parlement est le contrôle de l'action du Gouvernement. En tant que groupe d'opposition, les parlementaires disposent d'importants pouvoirs de contrôle des membres du Gouvernement : sous la V<sup>e</sup> République, les séances de questions au Gouvernement n'ont cessé de prendre de l'ampleur, elles constituent une tribune pour l'opposition qui peut publiquement manifester son hostilité au programme du Gouvernement. L'article 45C a étendu leur rôle en y attribuant notamment une place stable dans l'ordre du jour (1 jour par semaine). Ce partage de l'ordre du jour attribue également 1 semaine par mois dédiée au contrôle de l'action du Gouvernement. Avec l'action de la Cour des comptes (article 47-2C), l'opposition participe pleinement au contrôle budgétaire du Parlement. Depuis 2007, la présidence de la commission des finances de l'Assemblée nationale est attribuée à un membre de l'opposition par une convention constitutionnelle. La revalorisation du Parlement par la loi organique relative aux lois de finances et par la réforme de 2008 a donné davantage de poids à l'opposition. En Grande-Bretagne, le Shadow Cabinet est une institution, il dispose chaque jour de séance de 45 minutes pour interroger le Gouvernement, l'opposition est constructive et omniprésente. Ce Cabinet fantôme a un vrai pouvoir de contrôle budgétaire et législatif.

L'opposition peut également fréquemment mettre en cause le Gouvernement. Elle peut être à l'initiative de Commissions d'enquête depuis la révision de 2008 (malgré le veto du président de l'Assemblée considérée). La révision a également atténué les mesures

de parlementarisme rationalisé (Boris Mirkin-Guetzévitch) en limitant à un texte par session (hors LFI et LFSS) l'usage du 49-3. Le Parlement n'hésitait pas sous la III<sup>e</sup> et la IV<sup>e</sup> République à mettre en cause les gouvernements successifs (sous la III<sup>e</sup>, 104 gouvernements) ; l'opportunité de l'appartenance à l'opposition était ainsi variable. En Allemagne, le Bundestag n'hésite pas à proposer des motions de censure mais ce rôle de l'opposition doit être « constructif » dans la mesure où les opposants au Gouvernement doivent proposer un remplaçant. Les textes législatifs étant à 87% des projets de lois, l'opposition dispose d'un véritable pouvoir de contrôle en dépit de sa minorité en pouvant, depuis la réforme de 1974 soumettre une loi au contrôle du Conseil constitutionnel. 60 députés ou 60 sénateurs peuvent ainsi mettre en cause la loi adoptée. L'opposition dispose là d'un pouvoir important.

#### B – L'opposition politique participe à l'exercice du pouvoir normatif

Le contre pouvoir que constitue l'opposition est effectif face à la majorité mais ne s'assimile pas nécessairement à un pouvoir d'empêchement. L'opposition participe largement au pouvoir législatif. Le renforcement de son statut à l'article 51-2C depuis la révision de 2008 y participe tout en laissant les assemblées maîtresses du pouvoir accordé. La réforme a renforcé l'importance de l'examen des textes en commission. En appartenant à l'opposition, un parlementaire peut plus facilement être membre d'une commission. Le pouvoir d'amendement y est également renforcé (article 44C). L'absence d'appartenance à un groupe parlementaire (article 51-1C) fait perdre le bénéfice de nombreux droits, les non inscrits ont donc tout intérêt à appartenir à l'opposition à défaut de vouloir appartenir à la majorité. Une séance par mois est ainsi réservée à l'examen de textes des groupes minoritaires ou d'opposition. Enfin, il faut noter l'importance du rôle législatif du Sénat (article 24C) qui s'assimile à une chambre de réflexion qui, pour être systématiquement à droite, peut être considérée comme une forme alternative d'opposition conservatrice. Ceci est renforcé par son rôle prioritaire dans l'examen des textes relatifs aux collectivités territoriales.

L'opposition nationale au Parlement se double d'une opposition multiniveaux qui prend son sens avec l'importance du pouvoir normatif des assemblées locales depuis les lois de décentralisation. Les collectivités locales sont ainsi autant de lieux où le clivage majorité/opposition prend sens. A la veille des régionales, on constate que la majorité nationale souhaite reprendre la main sur l'ensemble des régions détenues par les socialistes (sauf une actuellement). L'opposition nationale fait partie de la majorité locale. Le statut qu'y joue l'opposition a récemment été contesté localement par le redécoupage électoral engagé par la Commission de redécoupage électoral (présidée par Yves Guéna). La faculté des circonscriptions électorales à engendrer des élus de la majorité à l'Assemblée nationale est ainsi systématiquement critiquée. Le redécoupage n'est pas sans influence sur les contours de l'opposition.

\* \* \*

L'opposition politique joue un rôle qui dépasse celui des partis qui la constituent. Son rôle est au cœur des régimes pluralistes mais aussi au centre d'une action de contre pouvoir également nécessaire à la démocratie. L'opposition a ainsi la double vertu de contrôler ce qui semble a priori lui échapper (le pouvoir majoritaire) sans délaisser l'ensemble de ses prérogatives constructives de co-législateur. Sa fonction normative dépend de son poids national et local mais ne fait que rappeler que les parlementaires ont tout intérêt à se saisir de l'ensemble de leurs compétences et à être présent où se trouve leur place, en somme, il convient de revoir la problématique du cumul des mandats.

## COMPOSITION portant sur la science politique et le droit constitutionnel

(durée : 4 heures)

Sujet : « L'opposition politique »

Copie B

Note : 16/20

En Grande Bretagne, l'architecture de la Chambre des Communes, duale et frontale, où whigs et tories s'asseyaient face à face, n'a pas résisté à l'émergence du fait majoritaire. Aujourd'hui, le parti dominant est contraint de siéger sur les bancs de l'opposition. Cette anecdote est symptomatique du changement de signification de la notion d'opposition politique dans les régimes représentatifs contemporains.

Selon R. Aron, l'opposition politique est toute structure partisane qui, en conformité avec les règles matérielles et formelles de la démocratie libérale, s'organise pour accéder au pouvoir. L'idée qu'elle soit nécessaire et utile ne va pas de soi. Dans le contrat social, Rousseau souligne en effet que dans un régime démocratique, l'opposition politique doit disparaître dès lors que s'est exprimée souverainement la volonté générale une et indivisible. Pourtant, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC) de 1789 consacre parmi les droits inaliénables et imprescriptibles le droit de résister à l'oppression. Garant des libertés d'opinion et d'expression consacrées constitutionnellement (article 10 de la DDHC, Bill of Rights américain de 1791) et conventionnellement (Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948, Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950), l'opposition politique est en outre un outil de contrôle de l'action gouvernementale. Elle est l'élément central de la théorie de la séparation des pouvoirs développée par B. Constant, et J.S. Mill dans Essai sur le gouvernement représentatif.

La « polyarchie » (R. Dahl), qui caractérise les régimes contemporains, implique la représentation politique des courants d'expression et leur participation au pouvoir. Partisane ou institutionnalisée (bicamérisme), directe (référendum abrogatif italien, recall américain) ou médiatisée (partis politiques, rôle des juridictions constitutionnelles), l'opposition politique interroge la capacité des régimes démocratiques actuels à concilier l'exigence libérale de pluralité et les nécessaires stabilité et efficacité du pouvoir. Le pluralisme politique est alors encouragé et organisé pour ne pas menacer l'expression légitime de la volonté générale issue des urnes. Plurielle, l'opposition politique doit savoir contester et exercer le pouvoir.

Nécessaire au pluralisme (I), l'opposition politique doit incarner un contre pouvoir crédible (II).

\* \* \*

### I – L'opposition politique constitue une garantie du pluralisme

En permettant l'accession de tous au pouvoir (A) et en garantissant la représentation des courants minoritaires (B), l'opposition est un facteur de pluralisme politique.

#### A – L'opposition politique est nécessaire à la compétition pour l'accession au pouvoir :

Le courant libéral est attaché au rôle de l'opposition dans l'accession au pouvoir, d'un point de vue matériel et formel.

Sur le plan matériel, la présence d'une opposition politique est un critère de qualification du régime. Pourtant, l'association opposition politique-démocratie n'est pas évidente sous la plume de penseurs de la démocratie originelle. Régime de la représentation directe, la démocratie ne peut souffrir selon Rousseau d'être limitée par une volonté minoritaire. Robespierre, ou Marat par L'ennemi du peuple ne pensaient pas concevable que puisse s'exprimer une volonté contraire à l'esprit révolutionnaire. Dans certains régimes autoritaires comme la République islamique d'Iran, l'opposition politique n'est pas concevable dans l'accession au pouvoir ou doit être limitée et le pluralisme s'exprime au sein même du courant majoritaire par l'intermédiaire des multiples institutions qui morcellent le pouvoir. Pourtant, toutes les déclarations des droits se sont formées sur l'idée que la libre accession au pouvoir est un facteur de pluralisme des opinions, dans le sillage du libéralisme politique.

Sur le plan formel, l'opposition politique bénéficie notamment des techniques du droit électoral et des garanties constitutionnelles. Le financement et l'organisation des campagnes électorales sont généralement encadrés pour garantir à chaque candidat régulièrement inscrit un temps de parole égal à celui de son adversaire. Le pluralisme est assuré par un financement transparent des partis politiques et une réglementation de leur financement public, comme c'est le cas en France après une loi de 1995. La consécration constitutionnelle de l'objectif de parité dans les candidatures en France complète un dispositif où les modes de scrutin jouent un rôle important. Le choix d'un scrutin proportionnel au détriment du scrutin uninominal majoritaire à un tour encourage une représentation de toutes les oppositions politiques.

Le pluralisme s'incarne également dans le rôle joué par l'opposition dans la représentation des courants minoritaires.

#### B – L'opposition politique est une garantie de la représentation des courants minoritaires :

Cette exigence n'est pas exclusive de certains régimes. Ainsi, dans le régime directorial suisse, les courants minoritaires sont représentés dans le Conseil Fédéral. Il en est de même dans les régimes consociatifs de type libanais où la représentation des minorités est une condition de l'existence du régime. C'est particulièrement le cas dans les démocraties occidentales où le fait majoritaire a affaibli la possibilité pour l'opposition d'être représentée dans les instances parlementaires ou exécutives du pouvoir. En France, l'article 4 de la Constitution de 1958 consacre le rôle des partis politiques dans le pluralisme des courants d'opinion et d'expression. La réforme des Règlements des assemblées à la suite de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a par exemple renforcé la représentation de l'opposition dans leurs instances exécutives comme le Bureau ou peut permettre la nomination de rapporteurs ou de présidents de commissions permanentes choisis parmi l'opposition. Cette dernière peut aussi s'incarner dans les sondages d'opinion dont P. Bourdieu estimait qu'ils faisaient de l'opinion publique un « artefact ». Sur le plan institutionnel enfin, le bicamérisme est un moyen pour l'opposition politique de s'exprimer, comme ce fut le cas en France au Sénat lorsque la gauche gouvernait, grâce à un mode de scrutin favorable aux courants conservateurs.

Néanmoins, l'exigence de pluralisme ne permet pas la représentation de n'importe quelle opposition politique. Celle-ci doit respecter le caractère démocratique des institutions et les droits fondamentaux. La Loi Fondamentale allemande de 1949 contrôle par exemple le respect par les partis politiques du caractère fédéral et démocratique des institutions. En France, il en est de même et une législation de 1936 sur les milices privées, destinée à ne plus répéter les événements de 1934, encadre l'organisation d'une opposition politique trop radicale. La représentation de l'opposition politique est donc rationalisée pour concilier pluralisme et stabilité du pouvoir exécutif. C'est l'objet des techniques du « parlementarisme rationalisé » (Mirkine-Guetzévitch) développées après guerre en

Europe pour stabiliser le pouvoir et responsabiliser les partis politiques qui avaient transformé, notamment en France, l'interpellation, moyen d'expression pluraliste, en arme de renversement des gouvernements.

Dès lors, outil du pluralisme, l'opposition politique doit incarner un contre pouvoir crédible.

\*

## **II – L'opposition politique incarne la nécessité d'un contre pouvoir crédible**

Grâce à ce pluralisme, l'opposition politique peut contester le pouvoir (A), contestation qui n'est crédible que si elle débouche sur l'alternance (B).

### **A – La contestation du pouvoir par l'opposition politique :**

Elle prend deux formes principales. Tout d'abord, des mécanismes institutionnels permettent à l'opposition politique de critiquer le courant majoritaire. Outre le bicamérisme qui peut offrir à l'opposition un moyen de rectifier la loi, l'existence de chambres consultatives, du type Conseil Économique, Social et Environnemental (CESE) en France, peut constituer un moyen pour l'opposition politique d'alimenter ses critiques grâce aux avis et rapports émis par les « forces vives de la nation ». Aux Etats-Unis, dans certains États fédérés, le « recall » permet aux électeurs de contester les choix faits et de renverser le gouverneur en poste. En Italie, la technique du référendum abrogatif a été utilisée par l'opposition politique sous représentée comme un moyen, dans les années 1980 et 1990, de contester l'hégémonie historique de la démocratie chrétienne fortement implantée au nord. L'opposition politique peut enfin utiliser l'arme juridictionnelle pour faire valoir ses opinions. C'est le cas en France pour le Conseil constitutionnel dont la saisine a été ouverte en 1974 à 60 députés ou sénateurs. C'est surtout vrai aux Etats-Unis où la Cour Suprême a longtemps joué un rôle d'opposant politique à certaines politiques progressistes pour ne prendre que cet état de figure. Ainsi, par sa décision de 1857 Dred Scott, elle a justifié le maintien de l'esclavage par la nécessité de préserver le droit de propriété. La composition et les modalités de saisine du juge suprême sont donc des armes de l'opposition politique.

Mais devant les effets pervers de ce recours excessif au juge (pénalisation de la vie politique, transfert de l'autorité aux juridictions), l'opposition politique peut contester le pouvoir par ses initiatives dans l'action législative en émettant des propositions de loi, en proposant des amendements, en faisant valoir ses arguments lorsque des majorités renforcées sont exigées comme en matière constitutionnelle. Même si son usage est dans les faits inefficace, la mise en cause de la responsabilité gouvernementale sur le fondement de l'article 49 alinéa 2 en France, est un moyen pour les partis minoritaires de se faire entendre. La possibilité désormais offerte, un jour par mois, à l'opposition parlementaire de fixer l'ordre du jour souligne les réels effets de ce pouvoir de contestation dont l'aboutissement doit être l'émergence d'un contre pouvoir crédible.

### **B – Un contre pouvoir constructif par la voie de l'alternance :**

La crédibilité de l'opposition politique peut de prime abord s'exercer à l'occasion du contrôle par cette dernière de l'action gouvernementale et des politiques publiques. Au niveau local, il n'est pas exagéré de considérer que l'acte de naissance d'une opposition crédible date de la publication par les chambres régionales des comptes de leurs rapports de gestion des collectivités. Plus généralement, la mission d'assistance d'offices de contrôle, internes au Parlement comme au Royaume-Uni ou aux Etats-Unis, ou externes comme en France avec la cour des comptes, est un moyen pour l'opposition de détenir des

arguments utiles et solides dans un débat électoral et politique. La reconnaissance par les institutions d'un véritable statut de l'opposition, à l'image du « shadow Cabinet » et du statut d'« opposant de sa Majesté » en Grande-Bretagne, vient compléter un dispositif destiné à concilier exigence de pluralisme et existence d'un contre-pouvoir.

En effet, l'aboutissement de la logique de contestation doit être l'alternance, c'est-à-dire la prise de pouvoir démocratique par l'opposition politique. C'est ce mécanisme positif qui est à l'oeuvre dans la motion de défiance constructive appliquée en Allemagne, où désigner un successeur au Chancelier est une exigence préalable à son renversement. L'impératif de l'alternance s'oppose à la contestation sans proposition inspirée de la technique du « filibustering » pratiquée au Sénat américain. Dès lors, l'application de délais dans l'adoption des lois (« guillotine »), l'existence d'un vote bloqué (article 44 alinéa 3 en France) et la rationalisation des moyens de « dire non » aux mains de l'opposition sont des facteurs propices à l'émergence d'une opposition politique crédible. Cette alternance peut être accélérée par le recours à des instruments de démocratie directe où, à l'occasion d'une dissolution ou d'un référendum, le peuple et le citoyen tranchent le litige entre opposition et majorité.

\* \*  
\*

L'opposition politique existe donc pour combiner aux mieux les exigences de pluralisme politique et d'opposition constructive propres à un régime démocratique. Ce sont les conditions d'exercice du droit de chacun à exercer sa liberté politique, par divers acteurs et instruments.

## NOTE DE SYNTHÈSE à partir d'un dossier se rapportant à des problèmes juridiques

(durée : 5 heures)

**Sujet : Note sur la lutte contre les échanges illicites d'enregistrements et d'œuvres protégés sur les réseaux peer to peer (pair à pair).**

Copie unique

Note : 16/20

Note : La lutte contre les échanges illicites d'enregistrements et d'œuvres protégées sur les réseaux peer to peer.

Le téléchargement par un réseau de peer to peer constitue un procédé d'échange de fichiers directement entre des postes individuels d'utilisateurs connectés à internet, qui mettent à disposition leurs bibliothèque multimédia et, réciproquement, téléchargent des fichiers rendus disponibles par d'autres utilisateurs (doc. 12). Cette technique constitue un mode de piratage massif. Elle a des effets économiques négatifs, et remet en cause le financement de la production et donc de la création culturelle (doc. 12).

L'élaboration de mesures destinées à lutter contre ces échanges illicites a rencontré des difficultés nombreuses (I). Le droit positif applicable a été modifié en 2009 mais est encore susceptible d'évolutions (II).

I. Les difficultés rencontrées lors de l'élaboration de mesures destinées à lutter contre les échanges illicites sur le réseau peer-to-peer.

Malgré de nombreuses évolutions législatives, le cadre juridique est resté pendant longtemps inadapté (A). Son évolution a posé des difficultés au regard de la constitution et du droit communautaire (B).

Un cadre juridique longtemps inadapté.

La répression du piratage sur internet ne s'est jamais heurtée à un vide juridique. Tant la mise à disposition en ligne d'une œuvre culturelle protégée que son téléchargement par le biais de réseaux peer to peer sont passibles de sanctions pénales au titre du délit de contrefaçon (docs. 2 et 5 ; art. L 335-2 du code de la propriété intellectuelle). Pour autant, les sanctions prévues au plan pénal – trois ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende – sont vites apparues comme disproportionnées. Elles ont conduit à une raréfaction des poursuites au regard de la masse des infractions, malgré quelques affaires médiatisées (doc. 10). En outre, le périmètre de l'isooption de copie privée est encore incertain, puisque le juge judiciaire n'a pas clarifié son applicabilité à des contours d'origine illicite (docs. 10 et 12).

Le législateur est intervenu depuis 2004, mais sans que ses mesures ne permettent de lutter contre le téléchargement illégal (doc. 5) de manière efficace. La loi du 21 juin 2004 s'est contentée de déresponsabiliser les hébergeurs et les fournisseurs d'accès, en précisant qu'ils n'étaient pas soumis à une obligation de surveillance des informations qu'ils transmettent stockent. Tout au plus devraient-ils informer les internautes de ce que le « piratage nuit à la création artistique ».

La loi du 6 août 2004 a permis aux sociétés de perception et de gestion des droits d'auteurs et des droits voisins de mettre en œuvre des traitements de données à caractère personnel, dans le but de rechercher les auteurs d'infraction dans le cadre d'une procédure judiciaire. Ces traitements sont subordonnés à l'autorisation de la CNIL. Or celle-ci a rejeté les demandes d'autorisation de plusieurs sociétés d'ayant-droits visant à mettre en place des dispositifs de détection automatisée de mise à disposition illégale d'œuvres protégées, ainsi que l'envoi de messages de sensibilisation aux internautes, en les considérant comme disproportionnés aux objectifs poursuivis. Il a fallu attendre la censure du juge administratif (doc. 8) pour que la CNIL accède finalement à cette demande (doc. 11).

La loi « DADUSI » du 1<sup>er</sup> août 2006 a complété ce dispositif. Elle a donné un fondement juridique aux mesures techniques de protection, destinées à empêcher les utilisations non autorisées d'une œuvre (doc. 2 et 5 ; art. L 331-5 et s. CPI), et a prévu des sanctions pénales en cas de contournement de ces mesures. La loi de 2006 a ensuite posé le principe de responsabilité du titulaire de l'abonnement dès lors qu'il n'a pas mis en place des moyens de sécurisation de son accès internet contre une utilisation à des fins de contrefaçon – le tout a ainsi institué une responsabilité pénale et civile des éditeurs de logiciels destinés au piratage (docs. 2 et 5).

Les fournisseurs d'accès étaient chargés de faire oeuvre de pédagogie en diffusant des messages de sensibilisation au téléchargement. Enfin, le texte qualifiait de contravention la reproduction et la mise à disposition d'œuvres protégées ; mais ce dispositif a été censuré par le Conseil constitutionnel come contraire au principe d'égalité devant la loi pénale.

#### Un cadre juridique dont l'évolution a été freiné par des difficultés constitutionnelles et communautaires.

En 2008, le ministre de la culture a présenté un projet de loi visant à renforcer la lutte contre le piratage (doc. 13). Ce texte, adopté en 2009, visait à sanctionner l'internaute pirate par le biais d'une riposte graduée : le téléchargement illégal faisant l'objet de deux avertissements. En cas de non respect de ces derniers, l'internaute encourrait une sanction prenant la forme d'une suspension de l'accès à internet. Le prononcé de cette sanction avait été confié à une autorité publique indépendante, l'HADOPI. Ce dispositif avait fait l'objet de critiques au regard du droit communautaire (1). Il a été censuré par le Conseil constitutionnel (2).

#### Les critiques formulées au regard du droit communautaire (doc. 16)

La Commission européenne avait vivement critiqué le dispositif envisagé, et ce pour plusieurs raisons. En premier lieu, il semblait contraire aux dispositions de la directive 2002/22/CE garantissant un service universel de l'accès à internet, et ne permettant d'y déroger que de manière proportionnée. Ensuite, la Commission a relevé que la suspension de l'accès à internet pouvait se cumuler avec d'autres sanctions pénales déjà existantes. Enfin, son prononcé par une autorité administrative et non judiciaire, ainsi que l'impossibilité de former un recours contre les avertissements semblait contredire le droit au procès équitable garanti notamment par la charte des droits fondamentaux (art 48 et 49 de la charte, doc. 1). La validité du projet au regard du droit communautaire droit d'autant plus contestable qu'un amendement du Parlement européen prohibant les coupures d'accès sans intervention préalable d'un juge avait été adopté par le Parlement européen (doc. 21).

La censure du Conseil constitutionnel. Le Conseil constitutionnel a censuré les principales dispositions de la loi favorisant la diffusion et la protection des œuvres sur internet (doc. 6). Il a considéré que la suspension de l'abonnement à internet par une autorité administrative indépendante constituait une atteinte disproportionnée à la liberté

d'expression et de communication, et qu'une telle sanction ne pouvait être prononcée que par l'autorité judiciaire. Le juge constitutionnel a en outre constaté que certaines dispositions mettaient en place une présomption de culpabilité à l'encontre du titulaire de l'accès internet, ce qui violait le principe de la présomption d'innocence.

## II. Le droit positif et son évolution.

Le droit applicable en matière d'échange illicite par un réseau peer to peer a été fixé en 2009 (A). Il n'en demeure pas moins susceptible d'évolutions.

### Le droit positif

Suite à une première censure du Conseil constitutionnel, le législateur a dû intervenir à nouveau pour tenir compte de la décision des juges du Palais Royal. Ce nouveau texte, au contraire du précédent, a été globalement validé par le Conseil (docs. 7-19). Aujourd'hui, le droit positif réprime plusieurs infractions (1) par des sanctions variées (2).

### Les infractions réprimées.

Le délit de contrefaçon (art. L. 335-2 CPI, doc. 2) est maintenu ; il est évidemment applicable à la contrefaçon réalisée par le biais de réseaux informatiques (L. 335-3 CPI).

Surtout, l'art L. 336-3 CPI issu de la loi du 28 octobre 2009 institue une nouvelle obligation à la charge du titulaire d'accès à internet, visant à veiller à ce que cet accès ne fasse pas l'objet d'une utilisation à des fins de reproduction ou de mise à disposition d'œuvres protégées. La violation de cette obligation constitue une infraction de « négligence caractérisée » (art. L. 375-7-1 CPI, doc. 2), infraction de nature contraventionnelle.

### Les sanctions encourues.

Le délit de contrefaçon est toujours réprimé par trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende (L. 335-2 CPI, doc. 2). Mais la loi du 28 octobre 2009 a prévu une peine complémentaire lorsque l'infraction a été commise au moyen d'un service de communication au public en ligne. Celle-ci vise à ce que le coupable encourt la suspension de son accès à un service internet pour une durée maximale d'un an (L. 335-7 CPI, doc. 2).

En cas d'infraction de négligence caractérisée, la sanction est progressive. Le coupable reçoit deux « recommandations » de l'HADOPI, Autorité publique indépendante, lui enjoignant de respecter ses obligations (L. 331-25 CPI, doc. 2). Si le titulaire de l'accès ne respecte pas les recommandations édictées par la commission des droits de l'HADOPI, il encourt lui aussi la peine complémentaire de suspension de l'accès internet pour un mois.

En tout état de cause, cette peine complémentaire est prononcée par le juge judiciaire. Quant elle intervient dans le cadre du délit de contrefaçon, elle peut être prononcée pour la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale (doc. 4), qui permet une condamnation sans débat et accélère ainsi la procédure en évitant l'engorgement des juridictions par le recours au juge unique.

La commission de protection des droits peut, pour la recherche d'infraction de négligence caractérisée, obtenir tout document, y compris les données conservées par les opérateurs de communication électronique (L. 331-21 CPI). Les fournisseurs d'hébergement et les fournisseurs d'accès avaient l'obligation de conserver les données relatives au trafic et alors permettant l'identification de personnes ayant contribué à la création de contenus en ligne (doc.15). La loi du 12 juin 2009 leur impose d'effacer ces

données, sauf dans le cadre de la recherche du délit de contrefaçon ou de l'infraction de négligence caractérisée (doc. 3).

### Les évolutions du droit positif

En l'état actuel, l'idée d'instaurer une licence globale n'est pas vraiment acceptée par les professionnels du secteur. Une telle licence permettrait de légaliser les téléchargements illicites, en contrepartie d'une compensation financière répartie entre les titulaires des droits protégés. Mais une telle licence ne semble pas permettre de péreniser le modèle économique actuel (doc. 5-12). Sur le plan juridique, elle poserait toujours le problème de la mise à disposition de contenu illicite (doc. 5). L'Assemblée Nationale en a d'ailleurs rejeté le principe (doc. 17).

Une évolution de la récente législation apparaît toutefois déjà nécessaire. Certes, le téléchargement illégal est en forte baisse. Mais de nouvelles pratiques non réprimées par la législation de 2009 se sont développées (doc. 18). Il s'agit du streaming, qui consiste à écouter de la musique ou à regarder des vidéos pendant la connexion, et du téléchargement direct, non pas par le biais d'un réseau peer to peer, mais sur une plateforme de téléchargement illégal.

Pour faire face à ces difficultés, le ministre de la Culture et de la communication a mis en place une mission « Création et Internet », confiée à Patrick Zelnik le 3 septembre 2009 (doc. 14). Cette mission a pour objectif de réfléchir au renouvellement de l'offre culturelle en ligne et à la rémunération des créateurs. Il a notamment été proposé d'instaurer une taxe sur le chiffre d'affaire des fournisseurs d'accès à Internet pour compenser le piratage (doc. 20). Mais cette taxe, tout comme la licence globale, est loin d'être unanimement acceptée.

L'évolution de la législation se fera peut être sous la pression du droit communautaire. En effet, si le Parlement européen semble désormais autoriser les coupures d'accès à internet, c'est à la condition qu'une procédure « juste et impartiale » soit suivie. Or, il n'est pas certain que la procédure de l'ordonnance pénale remplisse ces conditions (doc. 20).

## COMPOSITION à option

### Économie / finances publiques

(durée : 4 heures)

**Sujet : « Les nouveaux équilibres monétaires internationaux »**

Copie unique

Note : 17/20

L'éclatement de la crise économique et financière à l'été 2008 a amené certains dirigeants à se prononcer pour une refonte des institutions monétaires internationales mises en place lors de la Conférence de Bretton Woods en 1944. Le système monétaire international est qualifié de désordonné et critiqué pour l'ampleur des déséquilibres monétaires internationaux qu'il génère. Si le paysage monétaire international a été profondément remanié depuis 2000, avec l'émergence de l'euro puis du yuan et le déclin relatif du yen et du dollar, le système monétaire international semble toutefois stable en regard des crises qui l'ont affecté au cours des deux dernières décennies du XX<sup>e</sup> siècle.

Pourtant, derrière ces apparents équilibres se manifeste un réel déséquilibre du système monétaire international. Les importantes fluctuations du dollar pendant les années 1980 et les crises de changes qui se sont succédées tout au long des années 1990 illustrent la fragilité du système. Alors que le premier discours du président Obama évoquait la sous-évaluation du yuan chinois, le déséquilibre de la balance des paiements américains ne cesse de s'accroître, atteignant des proportions jugées inquiétantes par l'OCDE en 2005. Le dollar serait voué à une chute brutale de son cours selon certains économistes comme le prix Nobel Krugman, tandis que le yen perd de l'importance face au yuan. Quant à l'euro, après son introduction difficile en 1999, sa parité est constamment appréciée, au point de concurrencer le dollar.

Dans ce contexte, un rééquilibrage du système monétaire international paraît nécessaire à moyen terme. Les interrogations demeurent quant à ses modalités. Les réponses à la crise financière ont été coordonnées, mais dans le même temps l'OMC relevait une augmentation globale des mesures de protectionnisme. Sous-optimaux, les nouveaux équilibres monétaires internationaux nécessitent la mise en place d'une régulation mondiale coordonnée.

L'éclatement du système monétaire international instauré à Bretton Woods n'a pas permis les rééquilibrages attendus par la théorie économique (I).

La fragilité des nouveaux équilibres internationaux sous-optimaux rend indispensable un encadrement coordonné du système monétaire international (II).

La conférence de Bretton Woods de juillet 1944 instaure un système de changes fixes basé sur la parité avec le dollar. Les monnaies sont ainsi convertibles indifféremment en or ou en dollar. Les fluctuations sont fortement encadrées puisque limitées à 1 %. En cas de déséquilibre transitoire dans un pays, une nouvelle institution, le Fonds Monétaire International (FMI), peut accorder des prêts en vue de rétablir l'équilibre. En cas de déséquilibre de long terme, la parité d'une monnaie peut être définitivement modifiée après accords des autres membres du FMI. Ce système vise donc à remplacer celui de l'étalon-or, qui organise le système monétaire international de 1880 à la crise de 1929. Toutefois, il comporte plusieurs faiblesses de conception qui ont conduit à son éclatement dans les années 1970.

En effet, le système de fixité des changes instauré à Bretton Woods présente plusieurs faiblesses. En premier lieu, il impose à la Banque centrale américaine, la FED, d'alimenter l'économie internationale en dollars, tout en conservant assez de liquidités en

réserve pour assurer la convertibilité en or. La capacité à assurer cette convertibilité a rapidement été remise en cause, notamment par le Général de Gaulle en France qui demande en 1965 la réorganisation du système autour d'un panier de monnaies. Parallèlement, les Etats-Unis ne peuvent contrôler l'expansion des « euro-dollars », dollars détenus en Europe, qui s'échangent sur les marchés européens. Pour ces raisons, la fixité des taux de change et l'ancrage au dollar ne permet pas de fonctionner de manière optimale. Le président Nixon décide unilatéralement de la fin de la convertibilité au printemps 1971. Cette décision est confirmée en décembre 1971 par les accords du Smithsonian Institute. Finalement, les accords de la Jamaïque signés en 1976 proclament la fin du système monétaire international mis en place à Bretton Woods et l'instauration d'un système de changes flexibles. La flexibilité des taux de changes est le système en vigueur aujourd'hui, même si certains Etats décident d'ancrer leur monnaie à une autre en « se liant les mains », comme le fit la France à l'égard du deutsch mark allemand, ou mettent en place une caisse d'émission.

Parallèlement, une expérience de fixité des taux de change est menée en Europe. Le serpent monétaire européen décidé en 1971 est remplacé en 1979 par le système monétaire européen (SME). Le SME prévoit un ancrage des monnaies autour de l'écu, dont la parité est fixée à partir d'un panier de monnaies. Un mécanisme de zones cibles gouverne le fonctionnement du SME : les monnaies peuvent fluctuer autour de 2,25 % de la parité officiel. Le système fonctionne jusqu'à la crise des années 1992-1993. Une série d'attaques spéculatives conduit à la sortie du SME de la lire italienne et de la livre britannique, tandis que les bandes de fluctuation sont élargies à plus ou moins 15 %, ce qui indirectement rétablit la flexibilité des taux de change. Le SME n'est maintenu qu'en perspective de l'introduction de l'euro, qui intervient en 1999.

Le paysage monétaire international a donc été profondément remanié par la création de l'euro. En parallèle, la croissance soutenue de la Chine contribue à l'émergence du yuan, qui concurrence le yen japonais en Asie, et est amené à devenir l'une des plus grandes monnaies au monde. Toutefois, la flexibilité qui domine le système monétaire international depuis 1976 n'a pas permis d'atteindre l'ensemble des effets escomptés.

La théorie économique accorde un certain nombre d'avantages à la flexibilité des taux de change. En premier lieu, un système flexible permet le rééquilibrage automatique de la balance des paiements. Ainsi, en économie ouverte, un déficit commercial est compensé par une dévaluation du taux de change. Si la monnaie se déprécie, le coût des exportations baisse et permet donc un retour à l'équilibre. Toutefois, tandis que l'effet volume - hausse des exportations et baisse des importations - est plus lent que l'effet prix immédiat - renchérissement des importations -, une dépréciation se manifeste d'abord par un accroissement du déficit avant le retour à l'équilibre. La condition de réalisation de ce mécanisme de « la Courbe en J » a été soulignée par le théorème de Marshall-Lerner : il faut que l'effet volume soit à terme plus important que l'effet prix. Toutefois, le rééquilibrage des balances des paiements ne s'est pas réalisé, le déficit de la balance des paiements américains se creuse pour atteindre 7,5 % du PIB en 2006, au regard des excédents chinois et japonais (5,5 % du PIB en 2005).

Par ailleurs, la flexibilité des taux de change est censée permettre une meilleure stabilité de l'économie entre les pays industrialisés, au travers de la parité de pouvoir d'achat. Les produits sont censés s'égaliser en prix quelque soit le pays de vente, et le rapport des taux de changes réels ramenés à 1. La parité de pouvoir d'achat se base toutefois sur la théorie de la loi du prix unique et néglige les coûts spécifiques à chaque pays. Selon la Banque des règlements internationaux, il y avait ainsi un écart de 15 % en 1995 dans la parité dollar-deutsch mark en regard de la parité de pouvoir d'achat.

En outre, la flexibilité des taux de change doit conduire à une autonomisation des politiques économiques, et renforcer en ce sens leur efficacité. Tout d'abord, la flexibilité des taux de change permet, en situation de forte mobilité des capitaux, une pleine efficacité de la politique monétaire selon le modèle de Mundell-Flemming. En effet, une

baisse du taux d'intérêt entraîne une fuite des capitaux et une dépréciation du taux de change à même de relancer les exportations. De même, la politique de change devient pleinement autonome puisque la banque centrale ne doit plus maintenir le taux de change. A l'inverse, la politique budgétaire est moins efficace du fait de l'éviction financière, c'est la contrepartie du Modèle de Mundell-Flemming. La politique budgétaire reste pleinement efficace au sein de la zone euro, du fait de la fixité des changes à l'intérieur de la zone. Enfin, la flexibilité des taux de change a pour effet de limiter les opérations de spéculation. L'évolution des parités est en effet pleinement déterminée par les marchés et il est plus complexe d'anticiper les évolutions et réactions des marchés que celles d'une institution sur le point de procéder à une dévaluation.

Ainsi, la flexibilité des taux de change devait en théorie permettre une meilleure stabilité du système monétaire international et une plus grande efficacité de la politique économique. La pratique s'est révélée plus complexe. En premier lieu, l'importance prise par les marchés financiers a entraîné la pleine autonomisation des politiques économiques. Ainsi, les échanges de changes sur les marchés ont atteint des montants très élevés, près de 3500 milliards de dollars échangés quotidiennement en 2005 selon la BRI. En regard de ces montants, les politiques nationales sont incapables d'influencer réellement l'évolution des cours. Par ailleurs, du fait de la très forte mobilité des capitaux, les taux d'intérêt ne peuvent s'éloigner longuement des cours mondiaux.

En outre, le système monétaire international a été affecté par un certain nombre de crises au cours de la décennie 1990 qui ont remis en cause les gains de stabilité de la flexibilité. Ces crises sont de trois types. Le premier type a été identifié par Krugman. Il s'agit d'une crise intervenant lorsque le maintien d'une parité fixe est contraire aux indicateurs de l'économie, comme ce fut le cas au Mexique en 1992-1993, lorsque le peso a perdu 60 % de sa valeur face au dollar. La crise intervient avant l'épuisement des réserves, lorsque le taux de change flexible implicite devient inférieur au taux de change fixe.

La seconde forme de crise de changes a été identifiée par Obstfeld et permet de comprendre la crise du SME en 1992-1993. Elle est due à des attaques spéculatives des marchés, qui anticipent que le redressement de l'économie implique une hausse du taux d'intérêt, qui ne pourra s'écarter longuement du niveau mondial.

Enfin, le troisième type de crise de change a été défini par Krugman. Il s'agit d'une concomitance d'une crise bancaire et d'une crise de change. Les investisseurs anticipent que la banque centrale jouera le rôle de prêteur en dernier ressort. La mise en cause des banques entraîne un retrait brutal de capitaux et une chute du taux de change, comme ce fut le cas en Asie du Sud-est en 1997.

Au final, la flexibilité n'a pas permis les rééquilibrages attendus. De nouveaux équilibres monétaires internationaux sont apparus, qui ne semblent toutefois pas prévenir la survenance de nouvelles crises.

La fragilité des nouveaux équilibres monétaires internationaux est d'abord illustrée par la persistance du déficit de la balance des paiements américains, le maintien d'un important excédent japonais et l'apparition d'un très fort excédent chinois. Il ressort de là que les Etats-Unis, pays le plus riche mondialement, ont une croissance financée par les pays les plus pauvres. Le déficit de la balance des paiements américains s'élève à 7,5 % du PIB en 2006, et se trouve pour partie compensé par les excédents chinois et japonais, qui atteignent 5,5 % du PIB. Ces déséquilibres posent deux types de questions. Tout d'abord, comme l'a relevé l'OCDE en 2005, ces déséquilibres posent la question du financement à long terme de la croissance américaine et de la soutenabilité de l'économie américaine. Si l'hégémonie du dollar et le bon niveau de croissance permet aux Etats-Unis de supporter un déficit de la balance des paiements – de l'ordre de 2 % ou 3 % du PIB selon l'OCDE – la situation ne peut se maintenir à long terme. Si la Chine a acheté massivement des dollars, au point de devenir le premier détenteur de réserves en dollar, c'est en partie pour

limiter l'appréciation du yuan et conserver un avantage prix pour les exportations – stratégie identique au Japon – mais également pour compenser la faiblesse de la consommation intérieure chinoise et le fort taux d'épargne qui en résulte. Toutefois, une forte expansion de la consommation chinoise ou un doute sur la soutenabilité de l'économie américaine pourrait conduire la Chine à refuser les dettes libellées en dollar. Ce risque est d'autant plus fort que si nul ne doute de la solvabilité de l'économie américaine, sa soutenabilité à long terme est plus contestée. Par ailleurs, l'ampleur du déficit américain pose un problème moral, puisque l'épargne des pays en développement finance les économies des pays riches et non l'inverse. Il est le résultat de la confiance dans l'économie américaine et de la méfiance des économies des pays en voie de développement.

Ainsi, les Etats-Unis seront contraints de rétablir l'équilibre de la balance des paiements pour éviter une crise de financement profonde. Des interrogations demeurent quant aux modalités du rééquilibrage. La dépréciation du dollar peut avoir lieu progressivement afin de permettre à l'économie américaine de s'adapter au fur et à mesure. A l'inverse, la chute du dollar peut, comme le pense Krugman, être très brutale, ce qui déstabiliserait l'ensemble de l'économie mondiale.

Par ailleurs, et les deux enjeux sont intimement liés, se pose la question de la sous-évaluation du yen et du yuan, particulièrement de ce dernier. Le Japon a assis sa croissance sur de fortes exportations permises par un yen faible. Cette stratégie non coopérative a conduit la Banque centrale japonaise à intervenir à de nombreuses reprises sur les marchés des changes pour limiter l'appréciation du yen. Toutefois, les pressions internationales ont conduit récemment les autorités japonaises à réévaluer. La même question se pose pour la Chine. La Chine base sa croissance sur les exportations de biens de consommation. Ainsi, la libéralisation des échanges ayant été permise par l'intégration dans l'OMC a fortement aidé la croissance chinoise. Cette stratégie reflète l'évolution du taux d'ouverture de la Chine, de 1 % en 1973 à 42 % en 2005. La constitution de réserves importantes en dollars a permis à la Chine d'endiguer l'appréciation du yuan, au prix d'une stratégie non coopérative. Les légères appréciations concédées ces dernières années – 1 € = 10 yuan contre 11 il y a peu, ne permettent toutefois pas un vrai rééquilibrage.

Enfin se pose la question de l'appréciation presque continue de l'euro face au dollar depuis 2000. Fixé aujourd'hui à presque 1,50 \$, l'euro est une monnaie forte qui pénalise la croissance européenne. En effet, la parité de l'euro pénalise les exportations et plus largement la production européenne. Cette situation est tant due aux statuts de la BCE qu'à la doctrine de ses dirigeants. Ainsi, les statuts de la Banque centrale européenne lui assignent comme objectif la lutte contre l'inflation uniquement, alors que la FED poursuit également un objectif de croissance de l'économie. Par ailleurs, le président de la BCE, J.C. Trichet, souhaite « immuniser la politique monétaire contre le court termisme ». En cela, un euro faible pour soutenir la croissance est inenvisageable. Il faut toutefois noter que si l'euro fort a favorisé le creusement du déficit commercial français – à 40 milliards d'euros en 2006 –, l'Allemagne a elle connu un fort excédent commercial, atteignant 160 milliards d'euros en 2006. Au-delà, l'euro est amené à concurrencer le dollar comme monnaie de référence.

Les nouveaux équilibres monétaires internationaux paraissent donc sous-optimaux. En effet, certaines monnaies sont volontairement sous-évaluées, tandis que d'autres entrent en concurrence pour la position dominante et que les importants déficits américains et excédents asiatiques font courir un risque systémique à l'économie. Dès lors, le système monétaire international ne paraît pas si ordonné et il semble nécessaire d'offrir une réponse coordonnée à ces sources de déstabilisation de l'économie mondiale.

En effet, l'absence de coordination serait préjudiciable à l'ensemble de l'économie mondiale. Elle demeure néanmoins possible, et consisterait en la persistance d'une sous-évaluation des monnaies asiatiques et le maintien de déséquilibres abondants avant un

réajustement brutal du dollar. Toutefois, une telle situation ne serait pas bénéfique aux relations commerciales internationales et empêcherait la mise en place d'une croissance stable. La non coordination déboucherait sur un équilibre sous-optimal, dit de Nash, tel qu'aujourd'hui, ou plus précisément sur une situation marquée par la domination d'une monnaie de manière hégémonique, selon un équilibre de Stackelberg.

Dès lors, la coordination apparaît comme la meilleure solution à un rééquilibrage du système monétaire international, mais des interrogations demeurent quant à ses modalités. Tout d'abord, il pourrait s'agir d'une coordination basée sur un encadrement fixe, qui semblent compliqué. S'il n'est pas envisageable de rétablir un système de parités fixes, en raison de l'importance des échanges de monnaies sur les marchés financiers en regard des réserves des banques centrales, il a été envisagé de rétablir des zones cibles. E. Balladur a ainsi proposé la mise en place de zones cibles autour d'une parité issue d'un panier de monnaies en 1988. Cette solution avait été proposée par G. Schröder aux membres de l'Eurogroup au moment de la mise en place de l'euro.

M. Aglietta considère que la meilleure garantie à la stabilité et l'équilibre du système monétaire international serait l'instauration d'une monnaie unique à l'échelle mondiale. Face à l'impossibilité de mettre en œuvre un tel système il propose la création d'un conseil de sécurité financier. Ces deux solutions semblent complexes. Les zones cible ne permettent pas d'empêcher la spéculation. Quant à un directoire financier, se pose le problème de sa composition. En effet, si la Russie ne paraît pas importante du fait du faible rôle du rouble, son poids démographique et politique impose sa présence. Le Canada n'accepterait peut-être pas de se retirer, ni les Etats de la zone euro, présents au sein des instances décisionnelles du FMI, au profit du représentant de l'eurogroup.

Enfin, la mise en place d'une taxe Tobin a été à nouveau proposée ces derniers mois, mais présente le risque d'affecter les transactions commerciales et de créer des effets de dumping sans grand effet sur la spéculation.

Au final, un rééquilibrage coordonné plus informel semble la solution optimale. Si la BRI regrette, dans son rapport de 1996, que les tentatives de coordination se fassent sous la pression d'une crise financière, l'expérience des accords du Plaza en 1985 et des accords du Louvre en 1987, pris dans le cadre du G7/G8, témoignent du succès d'une régulation souple. De même, la BCE et la FED ont procédé à des interventions groupées à l'automne 2000 afin d'assurer l'appréciation de l'euro, qui avait fortement chuté par rapport à son cours d'introduction dans les premiers mois de sa mise en circulation. Enfin, dans le cadre de son plan de relance face à la crise économique et financière, la Chine a décidé d'opter pour une relance externe par l'investissement et la relance de la consommation plutôt que par une stratégie non coopérative basée sur une hausse des exportations. Face aux fluctuations des taux de change, basés sur des phénomènes de surréaction (Dornbush 1976) ou parfois totalement éloignés des réalités économiques, le meilleur mode de régulation semble être une coordination souple et informelle plutôt que des procédures complexes et fortement encadrées. C'est dans le cadre de rencontres intergouvernementales que peuvent être élaborées les stratégies de baisse du dollar permettant de résorber le déficit de la balance des paiements américain sans déstabiliser l'économie mondiale.

Si le paysage monétaire international a été fortement remanié ces dernières années, les nouveaux équilibres monétaires internationaux qui sont apparus semblent sous-optimaux. Le déficit de la balance des paiements américain ou la sous-évaluation des monnaies asiatiques sont sources de potentielle déstabilisation économique. Le système monétaire international apparaît toutefois fortement pacifié depuis l'émergence de l'euro au début des années 2000. Mais dans cet univers instable, une coordination mondiale est nécessaire à une régulation efficace du système monétaire international. L'expérience montre que les accords au cours de réunions informelles sont plus souples et donc plus

adaptés à la gestion des phénomènes imprévisibles ou fortement liés aux stratégies économiques nationales, souvent tentées par l'absence de coordination.

## COMPOSITION à option

### Droit civil / droit pénal

(durée : 4 heures)

**Sujet : « Lutte contre la récidive et respect des droits et libertés fondamentaux »**

**Copie unique**      **Note : 15,5/20**

Le droit pénal attache une importance considérable à la personnalité du criminel. En effet, plus celui-ci sera dangereux pour la société, plus il devra être mis au ban de la société. Dans un Etat de droit, la dangerosité d'un individu doit s'apprécier de manière objective : cela signifie que seules les infractions pour lesquelles l'agent s'est rendu coupable doivent donner lieu à condamnation.

L'état de récidive légale (par opposition à une récidive qui serait prétorienne, c'est-à-dire dégagée par les Tribunaux) est celui d'un individu qui a déjà été condamné définitivement pour une infraction et qui fait l'objet de poursuites pour une seconde infraction. Lorsqu'elle est constatée par une juridiction répressive (article 132-8 et suivants du Code pénal), la récidive légale va donner lieu à une aggravation du maximum de la peine encourue.

L'état de récidive, qui ne peut être que légale, doit être distinguée de deux notions voisines. Il s'agit d'abord du concours d'infractions. Ce concours est qualifié d'idéal lorsque des faits commis par une même personne est susceptible de recevoir deux qualifications juridiques différentes (par exemple, escroquerie, abus de confiance). Le concours d'infractions est dit « réel », lorsque la personne poursuivie a commis plusieurs faits distincts, susceptibles de recevoir une qualification distincte. Dans cette hypothèse, le juge retiendra la peine prévue par la qualification pénale la plus haute. D'autre part, la récidive ne doit pas être confondue avec la situation dans laquelle une personne est poursuivie simultanément devant deux juridictions distinctes : dans ce dernier cas, les règles relatives à la confusion de peine auront vocation à s'appliquer.

Les droits des Etats occidentaux connaissent tous une législation relative à la récidive. Toutefois, les lois peuvent être plus ou moins strictes d'un Pays à l'autre. Certains Etats, moins répressifs, exigent ainsi que la seconde infraction (dite second terme) soit strictement identique à la première infraction (dite premier terme). D'autres Etats, en revanche, plus sévères, n'exigent aucune identité entre le premier et le second terme. La France avait choisi une voie moyenne en exigeant une identité des termes de la récidive, sauf pour certaines infractions, qui étaient considérées comme équivalentes par le Code pénal (comme par exemple, le vol et l'escroquerie).

La répression en France contre le phénomène de récidive s'est accrue ces dernières années. L'opinion a pu en effet être ébranlée par la médiatisation de certaines affaires de récidive, comme celle de Patrick Henry. Le législateur est intervenu deux fois, pour renforcer et rendre plus sévères les textes sur la récidive (loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 ; loi n° 2007-1198 du 10 août 2007).

Toutefois, l'entrée en vigueur de ces nouveaux textes pose de sérieuses difficultés au regard des droits fondamentaux des personnes poursuivies. En effet, la question de la récidive ne met pas en jeu les droits et libertés de la victime, dans la mesure où l'Etat de récidive ne concerne que le prononcé de la peine pénale, sur laquelle la victime d'une infraction n'a pas beaucoup d'opportunité de se prononcer dans le cadre du procès pénal.

Les législations qui tendent à instituer des peines plus sévères se heurtent bien souvent aux principes fondamentaux applicables à la manière répressive tels qu'ils sont protégés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme

(ci-après « CEDH »). Dès lors, les législations récentes sur la récidive respecte t-elle les droits fondamentaux des personnes poursuivies ?

Le juge, lorsqu'il fait application des dispositions sur la récidive est très soucieux du principe de légalité (I). Par ailleurs, la nouvelle législation, même si en apparence elle semble heurter le principe de personnalité des peines, a trouvé le moyen de trouver un juste équilibre entre individualisation et répression (II).

\* \* \*

Lorsqu'ils font application des textes sur la récidive, les juges respectent le principe de légalité des délits et des peines. Ce principe a deux corollaires que les juridictions repressives respectent scrupuleusement : le principe d'interprétation stricte de la loi pénale (A) et celui de la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère (B.)

La lutte contre la récidive respecte le principe fondamental d'interprétation stricte de la loi pénale. Le principe d'interprétation stricte découle en droit français de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après CESCH). Dans un arrêt *Cantoni c. France* du 15/11/1996, la CEDH a eu l'occasion de préciser que l'article 7 consacrait le principe de légalité des délits et des peines, qui commande de ne pas appliquer la loi de manière extensive, notamment par analogie. En France, la législation sur la récidive, même après les réformes de 2005 et 2007, respecte le principe de légalité et d'interprétation stricte. En effet, il est interdit aux juges de dégager de nouveaux cas de récidive qui ne seraient pas expressément prévus par le Code pénal.

Toutefois, il convient de souligner qu'une modification importante de la législation sur la récidive est intervenue en 2005. Aux termes de l'article 132-16-7 du Code pénal « il y a réitération d'infractions pénales lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit qui ne répond pas aux conditions de récidive légale ». Il est alors prévu que la peine prononcée en cas de réitération de l'infraction se cumule avec la peine prononcée pour la première peine « sans limitation de quantum ». Le principe de légalité est formellement respecté : le législateur l'a prévue, les juges peuvent l'appliquer (strictement). On remarquera cependant qu'il s'agit d'une disposition dont les effets sont considérables. On rappellera en effet qu'auparavant l'aggravation des peines résultant de la récidive n'était encourue que si la condamnation nouvelle et la condamnation antérieure ont été prononcées pour des infractions identiques (Cass. crim. 17 déc. 1943). Puis, le législateur a considéré qu'au regard de l'application des règles de la récidive, certaines infractions devaient être considérées comme identiques (articles 132-16, 132-16-1 et suivants du Code pénal).

Desormais, par l'introduction en droit français de la notion hybride de « réitération d'infractions », toute personne qui a commis un délit ou un crime et qui n'est pas en situation de récidive pourra voir sa peine se cumuler avec la précédente, sans limitation de quantum. Il s'agit là d'un texte incriminateur qui respecte formellement le principe de légalité et d'interprétation stricte de la loi pénale. Toutefois, en pratique, son application est extrêmement large et visera beaucoup de situations criminelles et délictuelles.

Outre le principe d'interprétation stricte, les juges qui constatent la récidive sont aussi contraints par le principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

Lorsque les juges font application d'un texte nouveau relatif à la récidive, ils sont également contraints par le principe de non rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

Le principe de non rétroactivité est rappelé par de nombreux textes. Ainsi, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dispose que « nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Dans un arrêt du 27 septembre 1995, la CEDH a également jugé que l'article 7 § 1 de la CESDH consacrait le principe de légalité des délits et des peines et prohibait l'application

rétroactive de la loi pénale lorsque celle-ci s'opérait au détriment de l'accusé. Il est important de signaler que ce principe est consacré par le législateur à l'article 112-1 du Code pénal qui dispose que « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis ».

La récidive légale pose un problème particulier au regard du principe de non rétroactivité. En effet, dans l'hypothèse où une loi pénale plus sévère s'applique entre le premier terme de la récidive et le second, il est possible de s'interroger sur la loi sur la récidive qui est applicable au prononcé de la peine attachée à l'infraction nouvellement commise. Une jurisprudence constante admet que si une loi institue un nouveau cas de récidive, il suffit pour entraîner son application immédiate que l'infraction constitutive de second terme soit postérieure à son entrée en vigueur (arrêt Cass. crim. 29/01/48 ; 27/03/1996 ; 29 fev. 2000). La CEDH, qui a été saisie sur une violation éventuelle de l'article 7 a tranché dans le même sens que les juridictions internes et a précisé que la personne qui avait commis le second terme de la récidive était en mesure de prévoir les conséquences légales de ses actes et d'adapter son comportement en conséquence (CEDH, Adam c. France 29/03/06).

Toutefois, la récidive pose encore des questions au regard du principe de non rétroactivité. Ainsi, lorsque le délai de récidive légal est échu en application de la loi sur la récidive applicable au moment de la commission de la première infraction, le principe de sécurité juridique impose au juge de ne pas appliquer la législation sur la récidive intervenue entre le premier et le second terme (arrêt CEDH, Adam c. France 29/03/06). Enfin, on notera que la question de la non rétroactivité se pose également car l'article 132-16-6 du Code pénal qui impose au juge de prendre en considération les infractions commises dans l'UE peut être considéré comme une façon de créer des nouveaux « premiers termes » de récidive légale, de manière rétroactive.

Si le principe de légalité semble être respecté par les nouvelles législations sur la récidive, en revanche, le principe de personnalité des peines semble être en revanche plus affaibli par ces nouvelles mesures.

\* \* \* :

Si la nouvelle législation relative à la lutte contre la récidive semble en principe heurter le principe de personnalité des peines (A), la loi du 10 août 2007 a en réalité trouvé un équilibre entre répression automatique et individualisation de la peine (B).

La « peine plancher » pour les auteurs d'infraction récidiviste est en principe contraire au principe de personnalité des délits et des peines.

En principe, la peine pénale ne doit pas s'appliquer automatiquement aux individus, tel un tarif automatique. On rappellera d'ailleurs que les législations révolutionnaires qui avaient prévu une peine automatique, égale pour tous, avait été un échec. En droit français, il existe un principe de personnalité des peines qui signifie que nul ne peut être puni que de son propre fait. Ce principe est reconnu et protégé par de multiples instruments internationaux. Il existe aussi un principe de personnalisation des peines : aux termes de l'article 132-24 du Code pénal, le juge doit prononcer la peine en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

Les « peines planchers » prévues pour les récidivistes heurtent donc le principe de personnalisation voire d'individualisation de la peine. Alors que le législateur avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal avait supprimé les peines inférieures pour les récidivistes, celles-ci ont été réintroduites. Le juge est tenu de prononcer une peine minimale en matière criminelle (art L. 132-18-1 du Code pénal) et en matière correctionnelle (art L. 132-19-1 du même Code). De même, l'article 132-41 du Code pénal fait obstacle à ce que un sursis avec mise à l'épreuve soit prononcée à l'encontre d'une personne ayant déjà fait l'objet de deux condamnations définitives.

Les nouvelles lois sur la récidive légale semblent donc être en contradiction avec le principe de personnalisation des peines, tel que celui-ci semblait se dégager de notre droit pénal. Cependant, cette contradiction avec ce principe fondamental n'est qu'apparente.

Le juge pénal dispose en effet d'un pouvoir résiduel d'individualisation de la peine, même si l'auteur de l'infraction est dans une situation de récidive légale.

Tout d'abord, il convient à titre liminaire, de préciser ce que recouvre la notion d'individualisation de la peine. Comme l'a souligné le Conseil constitutionnel dans une décision du 9 août 2007 (DC n° 2007-554), le principe d'individualisation des peines, qui découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ne saurait faire obstacle à ce que le législateur fixe des règles assurant une repression effective des infractions ; il n'implique pas davantage que la peine soit exclusivement déterminée en fonction de l'auteur de l'infraction. Par conséquent, le législateur a tout à fait la possibilité de créer des peines dites planchers qui s'appliqueraient automatiquement aux récidivistes.

Ensuite, on notera que la mise en œuvre des règles de récidive implique le respect par le juge pénal des règles relatives au procès équitable découlant de l'article 6 § 12 et 3 de la CESDH. L'article 132-16-5 du Code pénal permet au juge de relever d'office la situation de récidive légale, même si le Parquet ne l'a pas relevé dans son réquisitoire. Toutefois, le prévenu doit être mis dans la possibilité de faire valoir sa défense sur ce point.

Enfin, on notera que le juge peut, en motivant sa décision, abaisser la peine en dessous du seuil plancher fixé par la loi. Même lorsqu'un criminel commet à nouveau un crime, le juge peut écarter les peines planchers issues de l'article 132-18-1 du Code pénal, si l'accusé « présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion ». Le juge a seulement l'obligation de motiver sa décision sur la peine de manière circonstanciée. Le principe d'individualisation est donc respecté. La lutte contre la récidive semble donc aboutir à un juste équilibre entre repression du phénomène criminel et individualisation de la peine pénale.

## ÉPREUVE PRATIQUE

### Droit communautaire

(durée : 4 heures)

#### Sujet portant sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne

Copie A

Note : 16/20

- 1) Quelles sont actuellement les dispositions et procédures par lesquelles le droit français organise la participation de l'Assemblée nationale et du Sénat à l'élaboration et au contrôle des actes communautaires ?

A la suite du dépôt de ses instruments de ratification par la République tchèque, dernier des 27 États membres à l'effectuer, le Traité de Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union Européenne est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Le même jour, les dispositions conditionnelles prévues par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sont aussi entrées en application : la nouvelle rédaction des articles 88-1 à 88-7 de la Constitution étaient en effet conditionnées à l'entrée en vigueur des dispositions du Traité qu'elles autorisent et mettent en application.

Complétées par l'ordonnance n°58-100 et les règlements des assemblées, ces nouvelles dispositions renforcent les prérogatives du Parlement français tant en terme d'information et de soutien politique des actes communautaires en cours d'élaboration qu'en terme de participation au contrôle et à l'évaluation du respect par ces actes des principes communautaires protégeant les prérogatives nationales.

Ainsi le Parlement est informé de l'élaboration des actes pour contrôler politiquement le gouvernement qui y participe ; mais le Parlement est aussi dorénavant consulté pour vérifier le respect des prérogatives nationales.

Le Parlement est informé de l'élaboration des actes communautaires pour contrôler politiquement le gouvernement qui y participe.

Tous les projets d'actes législatifs communautaires lui sont transmis ; par l'intermédiaire de la commission chargée des affaires européennes, il peut interpellier le gouvernement qui participe à la prise de décision.

En application de l'article 88-4, les assemblées reçoivent communication de tous les projets d'actes à caractère législatif de l'Union. Si dans sa rédaction précédente, datant de 1992, l'article 88-4C prévoyait que le gouvernement ne devait transmettre que les projets d'acte comportant des matières relevant de la loi française en application de l'article 34C, le Conseil d'État se chargeant d'effectuer ce filtrage, la nouvelle rédaction met en application l'article 12 du Traité sur l'Union et son protocole n°1 en prévoyant la transmission directe, par les institutions de l'Union, de l'ensemble des projets d'actes aux différents parlements nationaux. Un système d'Intranet a été mis en place pour automatiser cette transmission.

Les deux assemblées reçoivent donc dorénavant toutes les propositions émanant des différentes institutions visant à l'adoption d'un acte communautaire législatif, c'est-à-dire à portée normative générale, et non les décisions individuelles (article 2 du Protocole n°1).

En application du Règlement des deux assemblées, ces projets d'actes sont renvoyés à la Commission des Affaires européennes, « vigie européenne » des assemblées, qui

peuvent procéder à leur examen et éventuellement les renvoyer pour examen à l'une des commissions permanentes.

Si cet examen fait l'objet d'un rapport d'information, la commission des affaires européennes peut voter une résolution prévue par l'article 88-5, donnant son sentiment sur le projet d'acte, à l'attention du gouvernement, qui siège au Conseil des ministres de l'Union et participe donc à l'adoption de l'acte. Cette résolution, non obligatoire, est transmise à la Conférence des Présidents, qui peut décider d'inscrire sa discussion à l'ordre du jour. Si elle ne le fait pas, la résolution est considérée comme adoptée par la chambre elle-même.

Cette procédure a été adoptée par la révision constitutionnelle de 1992, à l'imitation des pratiques au Folketing danois et à la chambre des communes britannique. Les gouvernements concernés s'étant engagés à ne pas consentir à l'adoption de l'acte avant que leur Parlement ait été en mesure de se prononcer (« réserve parlementaire ») un délai minimum de 8 semaines entre la communication et une éventuelle adoption a été introduit par l'article 4 du Protocole n°1.

Outre le vote d'une résolution européenne, les assemblées peuvent déposer un rapport d'information (par la CAE), organiser des auditions des ministres concernés par l'adoption d'un acte, prévoir un débat en séance publique, sur une déclaration du gouvernement, éventuellement suivie d'un vote (cas de l'accord dit de Blair House), voire déposer et adopter une motion de censure.

Le Parlement français est donc informé des projets d'actes pour exprimer son opinion et la signifier au gouvernement, qui siège au Conseil des ministres de l'Union.

Mais dorénavant il peut aussi être consulté pour s'assurer du respect de prérogatives nationales.

Les assemblées ne participent pas à l'élaboration des actes communautaires, mais sont souvent amenées à les appliquer ; le Traité de Lisbonne a prévu d'en faire les gardiennes des prérogatives nationales.

S'il est informé et s'il peut exprimer une opinion sur un projet d'acte, le Parlement français ne participe pas à leur adoption. En effet, le seul représentant des institutions françaises qui y participe est le représentant de la France au Conseil des ministres, qui appartient et vote au nom du gouvernement. Cependant, les assemblées sont de plus en plus amenées à transposer le contenu de directives en droit français, sans pouvoir exprimer un jugement sur le contenu de celle-ci autre qu'une sanction politique du gouvernement. Par ailleurs, le contrôle de leur conformité à la Constitution est impossible (cc, décision isoglucose) : les juges n'exercent qu'un contrôle restreint sur les actes nationaux qui transposent ces directives (Décision cc 2004, Loi pour la Confiance dans l'économie numérique et CE 2007 Arcelor).

Par contre, il peut être amené à autoriser la ratification de traités dont l'Union et les États membres sont partis. C'est pourquoi le Traité de Lisbonne a prévu la possibilité pour les parlements de participer au processus de prise de décision communautaire en tant que gardien du principe de subsidiarité, (défini au 3), et à la défense des prérogatives nationales.

Comme il sera décrit au 2, les articles 88-6 et 88-7 de la Constitution prévoient la possibilité pour les assemblées d'émettre des avis motivés sur un projet d'actes législatifs qui contreviendrait selon elles au principe de subsidiarité. Les règlements des assemblées ont confié cette tâche à la Commission des affaires européennes. Si une majorité des chambres des parlements nationaux transmet un avis motivé, les institutions devront réexaminer leur proposition.

Enfin, les assemblées se voient reconnaître par l'article 88-7 la possibilité de déférer à la Cour de Justice un acte qui aurait été adopté afin de vérifier sa conformité avec le principe de subsidiarité. L'article 88-7 a prévu qu'à la demande de 60 députés ou 60

sénateurs, ce recours est de droit. Même si formellement le recours passera par l'intermédiaire du gouvernement, pour la première fois les assemblées pourront accéder au juge européen.

D'autres prérogatives nouvelles, détaillées au 2., permettront aux assemblées de s'opposer à la mise en œuvre de clauses passerelles concernant certains aspects du droit de la famille et de révision simplifiée des traités.

Ainsi les articles 88-4 à 88-7 de la Constitution ne prévoient qu'un droit d'information du Parlement et de contrôle du gouvernement sur l'adoption d'actes communautaires ; cependant le Traité de Lisbonne a ouvert une brèche en faisant des assemblées les gardiennes du principe de subsidiarité par un contrôle politique puis juridictionnel.

2. Quels sont la place et le rôle nouveau accordés aux Parlements nationaux par le Traité de Lisbonne ? Vous paraissent-ils de nature à répondre aux revendications des parlements nationaux et à assurer le bon fonctionnement de l'Union européenne ?

Comme on l'a vu précédemment, le Traité de Lisbonne n'a pas remis en cause l'architecture institutionnelle et le mode d'adoption des actes communautaires. Cependant, en reprenant un certain nombre d'avancées prévues par le Traité instituant une constitution pour l'Union européenne, le Traité a cherché à donner un rôle institutionnel de défenseur du principe de subsidiarité et des prérogatives nationales aux parlements, sans les associer réellement au processus d'adoption des décisions, restant dans la main des gouvernements.

Le Traité de Lisbonne fait des parlements nationaux la vigie du principe de subsidiarité, sans prévoir autrement que marginalement une participation au processus de décision.

Le Traité de Lisbonne fait des parlements nationaux les gardiens du principe de subsidiarité : en renforçant de façon marginale leurs prérogatives en terme d'information, ils peuvent alerter puis déférer au juge un acte en cas de non respect du principe de subsidiarité.

Les droits relatifs à l'information des parlements nationaux ont été détaillés au 1. : outre les projets d'actes législatifs, les parlements sont désormais des destinataires directs de l'ensemble des documents généraux (avis, livres blancs, livres verts) produits par les institutions communautaires. Il est aussi informé des demandes d'adhésion (article 12 TFUE). Mais la principale avancée est l'octroi d'un rôle particulier dans le respect du principe de subsidiarité (défini au 3), prévu par le protocole n°1 annexé au Traité.

Pour chaque projet acte reçu, chaque chambre d'un parlement national pourra, suivant une procédure propre (adoption par la CAE ou en séance publique en France), adopter un avis motivé. Si une majorité des parlements nationaux (chaque chambre d'un parlement bicaméral ayant une voix, un parlement monocaméral ayant 2 voix) affirme par avis motivé que le projet d'acte contrevient au principe de subsidiarité, la Commission devra soumettre au Parlement et au Conseil des ministres un avis motivé sur la question, soumis à vote. Si 55% des membres du Conseil ou la majorité des suffrages du Parlement reconnaissent que la proposition n'est pas conforme au principe, son examen n'est pas poursuivi.

En outre, une fois l'acte adopté, chaque chambre parlementaire peut le déférer à la Cour de Justice pour examen du respect du principe de subsidiarité par l'acte. En France, à la demande de 60 sénateurs ou 60 députés, cette saisine est de droit.

Les parlements nationaux ont donc obtenu un rôle de gardien du principe de subsidiarité : avant l'adoption de l'acte, par la demande d'un contrôle politique, après son examen par un la demande d'un contrôle juridictionnel.

Ces parlements ne peuvent donc que saisir les institutions du non respect du principe ; ils n'ont pas obtenu, sauf marginalement, de participer au processus de prise de décision.

Les parlements nationaux ne participent qu'exceptionnellement à l'adoption des décisions communautaires.

Si de nouvelles prérogatives lui permettent de défendre la communautarisation de certaines activités, la COSAC n'est pas devenue un colégislateur.

Les parlements nationaux peuvent s'opposer à l'extension de certaines compétences communautaires.

Les parlements peuvent s'opposer, par avis motivé, à la mise en œuvre d'une procédure de révision simplifiée des traités (article 48 du TFUE), comme à l'extension de la procédure législative ordinaire (à la majorité qualifiée) à « certains aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontalière » comme à la mise en œuvre de clauses passerelles (article 81 cité par CC, 20 décembre 2007). Par ailleurs, étant amené à ratifier les traités d'adhésion, ils peuvent s'opposer, suivant les procédures internes, à un éventuel élargissement.

Ainsi, les Parlements européens disposent d'une faculté très limitée de s'opposer à l'extension des compétences communautaires mais ils ne disposent pas de réels pouvoir de décision.

Les parlements nationaux ne sont pas des colégislateurs.

Depuis 1979 et l'élection au suffrage universel direct du Parlement, les parlements nationaux ne sont plus représentés au sein des institutions de l'Union. La création de la COSAC a permis l'existence d'un forum d'échange, progressivement pris en compte dans les protocoles annexes des traités.

Mais la COSAC n'est pas une institution communautaire : elle ne peut prendre la place d'un « Sénat européen », représentant les parlements nationaux, que certains appellent de leur vœu. Ces Parlements restent largement dépossédés de leur compétence normative dans les matières de compétence de l'Union, alors qu'ils doivent en transposer les directives.

Le Traité de Lisbonne ne donne pas de droit d'approuver, mais de simples facultés d'empêcher aux parlements nationaux : ceux-ci pourraient être amenés à les utiliser systématiquement pour défendre leurs prérogatives, amenant un blocage – ou tout au moins un ralentissement – au stade de l'adoption comme au stade du contrôle juridictionnel des actes. Aussi, il conviendrait que les parlements s'emparent de la compétence de contrôle et d'évaluation de la mise en œuvre de l'espace de liberté, sécurité et justice prévu par le protocole n°1, pour retrouver un rôle positif et utile dans le mécanisme communautaire. En coordination avec le Parlement européen, les parlements nationaux pourraient graduellement développer une compétence partagée d'évaluation et de contrôle des politiques communautaires.

Les Parlements nationaux sont donc dorénavant les gardiens du principe de subsidiarité ; il ne tient qu'à eux de devenir aussi non pas des colégislateurs communautaires, mais des vigies du contrôle et de l'évaluation du bien-fondé et de l'utilité des politiques européennes dans les domaines de l'espace de liberté et de justice comme dans d'autres, à l'occasion d'une future révision du Traité.

### 3. Le principe de subsidiarité : sens, portée juridique, contrôle juridictionnel

Le principe de subsidiarité est issu de la théologie catholique : il défend, pour les chrétiens, le rôle primordial de la famille.

En droit communautaire, l'article 5 du TFUE prévoit que, dans l'exercice de ses compétences non exclusives, la Communauté (aujourd'hui l'Union) doit s'assurer que les mesures qu'elle entend prendre ne pourraient pas être prises au niveau national, au plus proche du citoyen, et qu'en raison des objectifs et des effets recherchés, l'Union est mieux à même de les prendre au niveau européen. Introduit par l'acte unique dans la définition des compétences communautaires en matière d'environnement, le principe a été mis au rang de principe général par le Traité de Maastricht (7 février 1992), qui l'a introduit à l'article 5 du traité CE.

Sa mise en œuvre et sa portée juridique ont été précisées par un protocole prévu par le Conseil d'Edimbourg en décembre 1992, et inclus en annexe du traité d'Amsterdam (1995). C'est un principe négatif : l'Union doit vérifier, pour chaque politique ou acte, l'utilité de son action au regard de l'action que pourrait mener les États membres. Il ne limite pas la portée des compétences communautaires, mais la manière de les exercer.

Jusqu'à présent, la Cour de Justice, qui peut être saisie d'un recours en annulation d'un acte au motif d'incompétence des communautés ou de l'Union, n'a exercé qu'un contrôle minimum sur l'application du principe. Ainsi elle a considéré qu'il n'était pas nécessaire que la conformité au principe de subsidiarité soit systématiquement visée dans les motivations de l'acte dès lors que l'intérêt de l'action communautaire apparaît clairement dans le dispositif (Allemagne c Conseil, 1996). Mais elle a récemment renforcé son contrôle, en examinant les motivations d'un acte dans ses considérants (Pays-Bas c. Commission et Conseil, 2001).

Si le principe de subsidiarité reste inscrit dans le TFUE, la possibilité pour les Parlements nationaux, de déférer à la CJUE tout acte législatif pour en vérifier le respect pourrait faire évoluer sa jurisprudence.

Cependant, cette évolution ne sera pas sans risque, car elle reviendra à faire déterminer, par un organe juridictionnel la portée d'un principe qui reste avant tout politique ; les compétences partagées de l'Union étant déterminées par les Traités, apprécier le niveau adéquat de leur mise en œuvre dépend avant tout d'un jugement politique des parlementaires et gouvernements européens, responsables devant leurs électeurs.



## ÉPREUVE PRATIQUE

### Droit communautaire

(durée : 4 heures)

#### Sujet portant sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne

Copie B

Note : 16/20

Quelles sont actuellement les dispositions et procédures par lesquelles le droit français organise la participation de l'Assemblée nationale et du Sénat à l'élaboration et au contrôle des actes communautaires ?

C'est la loi constitutionnelle du 25 février 1992, destinée à permettre la mise en œuvre du traité de Maastricht, qui a créé un titre XV dans la Constitution française et instauré, entre autres, un nouvel article 88-4 destiné à institutionnaliser le rôle du Parlement français dans le cadre communautaire. A cet égard, l'Assemblée nationale et le Sénat français participent à l'élaboration et au contrôle des actes communautaires, dans la mesure où ils jouent un triple rôle d'information, de contrôle et de coopération interparlementaire.

En matière d'information, l'organe pivot au sein de chaque chambre du Parlement français est la délégation pour les affaires européennes, renommée Commission pour les affaires européennes depuis la révision constitutionnelle du 23 février 2008. À l'Assemblée nationale, elle comptait 36 députés et en compte désormais 48 depuis l'application du nouveau Règlement de l'Assemblée nationale du 27 mai 2005, faisant lui-même suite à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Les parlementaires membres de la Commission des affaires européennes appartiennent également à l'une des commissions permanentes de leur chambre. En vertu de l'article 88-4 de la Constitution, le Parlement doit disposer de tout projet d'acte de l'Union européenne ayant une incidence législative au sens du partage établi entre la loi et le règlement par l'article 34 de la Constitution française. À l'origine, c'était le Gouvernement français qui transmettait les actes concernés à la Commission des affaires européennes (délégation à l'époque) de chaque chambre du Parlement, qu'il avait lui-même reçu de la Commission européenne. Depuis 2006, suite à une initiative dite « initiative Barroso », la Commission européenne transmet ces documents directement aux chambres du Parlement français.

La Commission pour les affaires européennes examine ensuite les projets d'actes concernés. Dans la mesure où ceux-ci sont nombreux et où le calendrier européen diffère parfois de celui du Parlement français, elle se concentre sur ceux qui sont les plus importants ou présentent le plus de difficultés. À l'Assemblée nationale, les réunions de la Commission pour les affaires européennes distinguent entre les points techniques ne soulevant pas de difficulté particulières, dit « points A », qui ne font pas l'objet d'une discussion, et les « points B », plus sensibles, qui sont l'objet de débats et, le cas échéant, d'un rapport d'information confié par le Président à l'un des membres de la Commission. Les « points B » qui n'auraient pas fait l'objet de rapports d'information spécifiques sont régulièrement recensés au sein de rapports dits « balais » de la Commission des affaires européennes. Pour remédier au problème du délai urgent relatif à la position sur certains textes de la Commission européenne, la Commission des affaires européennes a mis en place des procédures d'examen tacite et d'examen simplifié (le Président de la Commission se prononce seul et l'acte est considéré comme adopté sous trois jours, mais rien n'empêche la Commission des affaires européennes de le réexaminer par la suite). Le rôle des Commissions pour les affaires européennes de chaque chambre consiste donc à

éclairer au maximum les parlementaires, et le Gouvernement, sur les difficultés susceptibles d'être posées par un texte européen ayant une incidence législative ; elles peuvent donc donner un avis favorable, émettre une réserve ou encore formuler une proposition de résolution.

La position de la Commission pour les affaires européennes est ensuite transmise à la commission permanente concernée. Celle-ci peut se saisir du texte dans le délai d'un mois, à l'Assemblée nationale, sinon elle est supposée avoir approuvé la position de la Commission pour les affaires européennes. De même, une demande de discussion de la proposition de résolution en séance publique doit intervenir dans les quinze jours, sinon l'adoption est considérée comme tacite.

Du point de vue du contrôle, il convient de préciser que les organes spécialisés du Parlement veillent particulièrement à la bonne application des principes de subsidiarité (si un acte gagnerait à être adopté au niveau national et non européen, pour certaines de ses dispositions au moins) et de proportionnalité (les mesures prises au niveau européen ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire). Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Parlement français ne dispose cependant pas de moyens d'intervention directe au niveau européen et ses positions n'ont pas de portée juridique contraignante. Le Gouvernement français peut simplement s'appuyer sur elles lors des Conseils (de l'Union européenne), voire lors des Conseils européens.

Enfin, les parlements nationaux de l'Union européenne, et le Parlement français en particulier, disposent d'un certain nombre d'outils de coopération interparlementaire susceptibles de les aider dans leur participation à l'élaboration et au contrôle des actes communautaires.

La conférence des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de l'Union européenne, dite « COSAC » permet aux parlements d'échanger informations et bonnes pratiques. Des réunions spécialisés ou thématiques, interparlementaires, peuvent être organisées. La COSAC peut également prendre des initiatives destinées à améliorer le contrôle parlementaire, comme par exemple demander aux 27 Parlements de l'Union d'effectuer un test de subsidiarité sur le même document qu'elle aura sélectionné, afin de favoriser la réactivité et de préparer la mise en œuvre du traité de Lisbonne en la matière.

Le Parlement français participe également à diverses conférences à caractère interparlementaire, comme par exemple la Conférence des Présidents des Parlements de l'Union européenne (la dernière s'étant tenue à Paris du 26 au 28 février 2009), ou encore des réunions des Secrétaires généraux des Parlements de l'Union européenne (la dernière ayant eu lieu le 7 décembre 2009 à Bruxelles).

Enfin, une initiative interparlementaire des pays membres de l'Union, à laquelle participent l'Assemblée nationale et le Sénat français, qui sont membres du Bureau, a permis la mise en place d'un site Internet sur lequel les parlements nationaux font part de leurs positions sur les différents textes, le cas échéant des problèmes de subsidiarité ou de proportionnalité rencontrés, ce qui rend la comparaison possible et tend à renforcer le contrôle (site IPEX, Interparliamentary Exchange of European Union informations, [www.ipex-eu](http://www.ipex-eu)).

Les modalités de la participation de l'Assemblée nationale et du Sénat à l'élaboration et au contrôle des actes communautaires varient avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1<sup>er</sup> décembre 2009.

\* \*  
\*

2) Quels sont la place et le rôle nouveaux accordés aux parlements nationaux par le Traité de Lisbonne ? Vous paraissent-ils de nature à répondre aux revendications des parlements nationaux et à assurer le bon fonctionnement de l'Union européenne ?

Le Traité de Lisbonne renforce la place et le rôle des parlements nationaux de trois points de vue essentiellement : en élargissant leur champ d'information, en renforçant considérablement leur pouvoir de contrôle en matière de subsidiarité, et en leur conférant des droits d'opposition.

Tout d'abord, le champ d'information des parlements nationaux est considérablement élargi avec le traité de Lisbonne. D'une part, il est désormais officiel que la Commission transmet ses divers documents directement aux parlements nationaux, l'intervention des gouvernements nationaux n'étant plus nécessaire. En outre, la Commission ne transmet plus seulement aux Parlements nationaux les projets d'actes législatifs émanant d'elle-même ou d'autres instances, mais également tous les documents de consultation qu'elle publie (livres verts, livres blancs et communications) ; s'agissant de la France, la distinction entre ce qui relève de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution n'a plus d'incidence du point de vue de la transmission. Les projets d'actes législatifs émanant du Parlement européen ou des autres organes de l'Union européenne parviennent également aux Parlements nationaux. En France, la dernière rédaction de l'article 88-4 de la Constitution telle qu'elle résulte de la révision de février 2008 visant à permettre la mise en œuvre du traité de Lisbonne, témoigne du caractère désormais exhaustif des transmissions et de l'information des parlements nationaux.

Dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les parlements nationaux sont également mieux associés au contrôle politique d'Europol et à l'évaluation des activités d'Eurojust.

Enfin, le traité de Lisbonne consacre le rôle de la COSAC, conférence des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de l'Union européenne. Celle-ci peut soumettre toute contribution qu'elle juge appropriée à l'attention du Parlement européen, du Conseil et de la Commission européenne.

Le traité de Lisbonne renforce également considérablement le rôle des parlements nationaux en matière de subsidiarité. La détection d'un problème relatif à la subsidiarité par un parlement national, ou du moins l'une de ses chambres s'il est bicaméral, prendra la forme d'un « avis motivé » (« reasoned opinion »). Deux mécanismes sont mis en place à travers les cartons jaune et orange.

Un mécanisme d'alerte précoce intervient si un tiers des parlements nationaux estime qu'un projet d'acte législatif n'est totalement ou partiellement pas conforme avec le principe de subsidiarité et émet de ce fait un avis motivé. C'est le carton jaune. La Commission européenne doit alors procéder à un réexamen de l'acte sans délai.

Les parlements nationaux disposent d'un délai de huit semaines à compter de la transmission de l'acte. Si la moitié des parlements nationaux émet un avis motivé, c'est-à-dire signale un problème de subsidiarité, c'est le carton orange. La Commission européenne peut alors choisir de modifier, de retirer, ou de maintenir son acte. Si toutefois elle choisit de le maintenir, 55 % des membres du Conseil (de l'Union européenne) ou une majorité des suffrages exprimés au Parlement européen permettront de ne pas poursuivre son examen pour incompatibilité avec le principe de subsidiarité.

Techniquement, pour le décompte des avis motivés, le carton orange est obtenu non avec un avis motivé de la moitié des parlements nationaux, mais de la moitié des voix, dans la mesure où certains sont bicaméraux et d'autres pas, et que l'on peut envisager que deux chambres d'un même parlement n'aient pas la même position. Chaque Parlement dispose en conséquence de deux voix, pour sa seule et unique chambre s'il est monocaméral, et d'une par chambre s'il est bicaméral. L'Assemblée nationale et le Sénat français dispose donc chacun d'une voix. Le carton orange est donc obtenu avec la moitié

des voix, soit 27 voix, s'agissant des domaines relevant de la procédure de codécision. Il l'est avec un tiers des voix (soit 18 voix) si la proposition ne relève pas de la codécision, et avec un quart des voix (soit 14 voix) s'il s'agit de la politique étrangère et de sécurité commune.

L'article 88-6 de la Constitution française prévoit ce nouveau rôle du Parlement en matière de subsidiarité et indique par ailleurs qu'un recours, de droit à la demande de 60 députés ou sénateurs, pourra à cet égard être effectué devant la Cour de Justice de l'Union européenne.

Le traité de Lisbonne confère enfin aux Parlements nationaux un rôle d'opposition. Cette opposition peut intervenir dans le cadre des activités d'Europol et d'Eurojust, ou d'un recours devant la Cour de Justice de l'Union européenne s'agissant de la subsidiarité : c'est le carton rouge. Les parlements nationaux disposent en outre de six mois pour s'opposer à la mise en œuvre d'une procédure de révision simplifiée des traités ainsi qu'au passage du domaine du droit de la famille ayant une incidence transfrontalière de l'unanimité à la majorité qualifiée au Conseil (de l'Union européenne). L'article 88-7 de la Constitution française dispose que l'Assemblée nationale et le Sénat pourront voter une résolution en termes identiques pour s'opposer aux dispositions prévues par le traité de Lisbonne relevant de la révision simplifiée des traités ainsi que de la coopération judiciaire civile.

Ces mesures permettront certainement un meilleur fonctionnement de l'Union européenne, dans la mesure où celle-ci est régulièrement suspectée de déficit démocratique, la Commission en particulier. La meilleure prise en compte des avis des parlements nationaux, par le biais notamment du principe de subsidiarité, ne peut donc que renforcer sa légitimité.

Par contre, du point de vue des parlements nationaux, s'il faut saluer les nouvelles possibilités d'opposition qui sont offertes, des progrès peuvent encore être faits. La meilleure information des parlements nationaux, si elle est désormais officialisée, existait en fait déjà largement dans la pratique depuis l'initiative Barroso de 2006. Le délai de huit semaines prévu pour l'adoption des avis motivés en matière de subsidiarité peut paraître court, d'autant que des exceptions sont possibles en cas d'urgence. Surtout, l'avis motivé en matière de subsidiarité s'apparente à un droit de veto pour le Parlement ou la Chambre, mais il ne permet pas aux parlementaires nationaux de développer leurs propres propositions ; en ce sens, le contrôle parlementaire reste encore limité.

\* \*  
\*

3) Pouvez-vous préciser le sens du principe de subsidiarité dans le droit de l'Union européenne ? Quelle est sa portée juridique ? Fait-il l'objet d'un contrôle juridictionnel ?

Le principe de subsidiarité est l'un des trois principes sur lesquels est fondée l'Union européenne, avec la proportionnalité et la spécialité. Il signifie que ne doivent être adoptés par les institutions européennes que les actes ou mesures dont il est absolument indispensable qu'ils soient pris au niveau européen ; si un acte ou une mesure gagnerait à être pris plus efficacement au niveau national, alors tel doit être le cas : l'Union européenne ne doit intervenir que si son action apporte une valeur ajoutée par rapport à celle qui serait mise en œuvre au niveau national. Le principe de subsidiarité s'applique par conséquent aux domaines de compétence qui sont partagés entre l'Union européenne et les États membres, et non à ceux qui relèveraient exclusivement de l'une ou des autres.

La portée juridique du principe de subsidiarité est renforcée avec la mise en œuvre du traité de Lisbonne, puisqu'avec le mécanisme du carton orange la Commission peut

désormais être amenée à revoir sa position, et que si elle ne le fait pas, elle peut être amenée à renoncer à son projet par le Conseil ou le Parlement européens. Le principe de subsidiarité est par ailleurs un principe général du droit européen. Au sein de la hiérarchie des normes communautaire, les principes généraux du droit arrivent à la seconde place, derrière le droit originaire des traités, et devant les conventions externes puis les actes communautaires.

Le principe de subsidiarité peut faire l'objet d'un recours devant la Cour de Justice des Communautés Européennes, renommée Cour de Justice de l'Union Européenne. Autrefois réservé aux États, il peut désormais être le fait des parlements nationaux (article 88-6 de la Constitution française). Il prend la forme d'un recours en annulation, qui s'apparente au recours pour excès de pouvoir français, pour violation du principe de subsidiarité, à l'encontre de l'un des actes émanant d'une institution de l'Union européenne.

\*            \*  
                 \*



## ÉPREUVE PRATIQUE

### Droit social / Droit du travail

(durée : 4 heures)

**Sujet portant sur diverses questions de droit social / droit du travail**

**Copie unique**    **Note : 16/20**

**Refusant le port d'un uniforme imposé par leur employeur, plusieurs agents de sécurité se voient menacés de licenciement pour insubordination. Il convient d'envisager dans un premier temps la question du principe même d'un tel licenciement avant d'aborder celle de la procédure à suivre pour l'employeur.**

Le principe du licenciement pour insubordination.

Dans un premier temps, il est nécessaire d'analyser le comportement des intéressés (1) avant, dans un second temps, de vérifier la validité de l'obligation imposée par l'employeur (2).

*Le motif d'insubordination*

Selon l'article L. 1232-1 du code du travail, tout licenciement pour motif personnel doit être justifié par une cause réelle et sérieuse. L'insubordination est en outre un motif disciplinaire de licenciement, fondé sur la négation par le salarié du pouvoir de direction de l'employeur. La jurisprudence n'accepte de valider les licenciements uniquement lorsque le motif qui a poussé à l'insubordination est suffisamment grave. Ainsi, dans un arrêt du 6 novembre 1980, la Cour décide que le salarié qui désobéit en se fondant sur un respect de ses droits ne peut être licencié. De même, le refus de porter une tenue vestimentaire n'est une faute que si la restriction apportée à la liberté individuelle est justifiée par la nature de la tâche à accomplir. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la chambre sociale du 18 février 1998. En l'espèce, les postes de vidéo surveillance ne permettant pas le contact avec la clientèle, l'insubordination fondée sur le respect de la liberté du salarié de se vêtir est justifiée.

*L'application de l'accord collectif.*

En outre, la volonté de l'employeur de se fonder sur la convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité n'est pas valable. En effet, l'article L. 2261-2 du code du travail, qui indique le champ d'application matériel des accords collectifs, se réfère à l'activité principale de l'entreprise. La jurisprudence affirme de façon constante que les fonctions exercées par les salariés n'ont pas d'influence. Ainsi en l'espèce, c'est la convention nationale applicable aux entreprises de grande distribution qui pourra fonder une éventuelle obligation pour les salariés. A condition bien sûr qu'ils aient été en mesure d'en prendre connaissance au moment de leur embauche.

La procédure du licenciement pour insubordination.

L'insubordination constituant un motif disciplinaire de licenciement, l'employeur devra respecter une procédure précise (1), comportant des spécificités pour le délégué syndical (2).

### 1. *La procédure ordinaire.*

Depuis 1982, la procédure disciplinaire est minutieusement détaillée. Elle se combine avec les règles générales du licenciement pour motif personnel. L'employeur doit donc respecter les dispositions des articles L. 1331-1 et suivants du code du travail : convocation à un entretien préalable et respect des délais pour la notification du licenciement, prescription des faits fautifs (2 mois) et interdiction de prendre en considération des faits de plus de 3 ans, interdiction de sanctionner deux fois pour les mêmes fait. L'employeur devra donc s'assurer qu'il n'a pas déjà donné d'avertissement ou de blâme.

### 2. *La procédure concernant le délégué syndical.*

Salarié protégé, le délégué syndical ne pourra être licencié qu'à la suite du respect des procédures détaillées aux articles L. 2411-3 et suivants du code du travail. Ces articles instituent un mécanisme d'autorisation par l'inspection du travail. Un arrêt du 2 décembre 2009 de la Chambre social précise que si l'employeur n'a pas encore reçu la lettre de désignation en tant que délégué syndical, le respect de la procédure d'autorisation ne s'impose pas.

**Le salarié affecté par l'inhalation des poussières d'amiante, alors qu'il travaillait au profit d'une entreprise utilisatrice, se demande si l'engagement de la responsabilité de son propre employeur est possible. La réponse imposera ensuite d'envisager les conséquences éventuelles de cette action.**

L'engagement de la responsabilité de l'employeur.

L'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat. Il s'agit du principe fondamental qui guidera l'ensemble de la réflexion. Degagée à propos de l'indemnisation accidents du travail, le principe est repris aux article L. 4121-1 et s. du code du travail, qui imposent à l'employeur des obligations particulièrement rigoureuses, en terme notamment de prévention, d'évaluation, d'information et d'adaptation. L'article L. 4121-3 fait de l'évaluation des risques une mesure impérative. L'article R. 4722-15 prévoit même une procédure spéciale de contrôle en matière d'amiante. Le fait pour l'employeur de n'être pas directement à l'origine de l'exposition à l'amiante ne diminue en rien sa responsabilité. Cependant il sera conseillé au salarié d'actionner également en responsabilité le responsable de l'entreprise utilisatrice. Le salarié pourra de même, engager la responsabilité pénale du Chef d'entreprise, sur le fondement des articles L. 4741-1 et suivants du code du travail. Le salarié pourra porter sa cause devant les juridictions pénales, en demandant simultanément une réparation au plan civil.

Les conséquences de la mise en cause de l'employeur.

La mise en cause de la responsabilité de l'employeur pourra permettre au salarié de faire reconnaître la faute inexcusable de l'employeur ce qui, au plan du droit de la sécurité sociale, permettra de lui accorder une indemnisation complémentaire et, pour l'employeur, une majoration de ses cotisations. Cependant, la 2<sup>ème</sup> chambre civile de la Cour de cassation, a décidé, par un arrêt du 31 mai 2006, que la faute inexcusable ne pouvait être retenue à l'encontre d'un employeur qui ne pouvait avoir conscience du danger auquel était exposé un salarié ne participant pas habituellement à des travaux en contact avec l'amiante. En l'espèce, le caractère sensible du site industriel ne laisse aucun doute sur la connaissance des risques qu'aurait du avoir l'employeur. La faute inexcusable sera donc

retenue. Le salarié devra ensuite prouver qu'il répond bien aux conditions posées par les tableaux des maladies professionnelles de la sécurité sociale, avant de se voir pris en charge par le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante.

**Face à la dénonciation de faits constitutifs de harcèlement moral au sein de son entreprise, l'employeur ne peut rester inactif. Les obligations qui lui sont imposées découlent du principe général de l'obligation de sécurité de résultat, qui conditionne l'étendue de ses obligations. Précisant l'obligation générale de sécurité le législateur a introduit des mesures spécifiques au harcèlement moral (A), qui entraînent une lourde responsabilité pour l'employeur (B).**

L'étendue des obligations de l'employeur.

L'article L 1152-1 du code du travail décrit une interdiction absolue du harcèlement moral. L'employeur ne peut se livrer lui-même à de tels agissements. Mais, ce qui est le cas ici, il est également obligé lorsque les faits sont réalisés par une autre personne, essentiellement l'un de ses salariés. L'article L. 1152-4 impose à l'employeur, une obligation positive de prévention des agissements constitutifs de harcèlement moral. En outre l'article L 1152-5, de façon originale, le contraint à agir pour user de son pouvoir disciplinaire à l'encontre des auteurs des faits délictueux.

Cette obligation d'agir entraîne des conséquences sur la mise en cause et l'étendue de la responsabilité de l'employeur.

L'étendue de la responsabilité de l'employeur

En s'abstenant d'agir s'expose à des actions de nature civiles, tendant à le condamner au paiement de dommages et intérêts, mais également à une action en responsabilité pénale, si les conditions attachées au lien de préposition avec le supérieur hiérarchique sont remplies. En outre, la jurisprudence se montre particulièrement sévère. La chambre sociale a ainsi jugé le 21 juin 2006, que l'absence de faute ne pouvait exonérer l'employeur. En 2001, la Haute Cour avait pu décider, déjà, que l'employeur est tenu de répondre des agissements des personnes exerçant une autorité sur les salariés ; de facto ou en vertu d'une délégation de pouvoir.

Enfin, les salariées en question, face à l'inaction de l'employeur, peuvent parfaitement prendre acte de la rupture du contrat de travail, rupture qui, trouvant sa cause dans un comportement illicite de l'employeur, pourra être requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il est en effet possible de transposer ici les solutions rendues à propos du tabagisme passif, lorsque l'employeur s'abstient de sanctionner les fumeurs récalcitrants.

Ainsi, l'employeur devra impérativement sanctionner le supérieur hiérarchique, à moins que les victimes acceptent une procédure de médiation prévue par l'article L 1152-6. En cas de manquements renouvelés, il devra procéder à son licenciement. Bien sûr, il pourra se dégager de toute responsabilité en prouvant que les éléments constitutifs du harcèlement moral ne sont en l'espèce pas caractérisés. En la matière, la preuve est partagée de la même manière qu'au sujet de discrimination : si les salariées établissent des faits matériels qui rendent l'existence du harcèlement probable, c'est à l'employeur de montrer que le comportement du supérieur est sans lien avec les faits décrits à l'article L 1152-1 du code du travail. Ce principe a été affirmé lors d'un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 24 septembre 2008.

**Souhaitant se séparer d'un cadre de l'entreprise, embauché sous contrat à durée indéterminée (CDI), mais toujours en période d'essai, l'employeur s'interroge sur les risques pesant sur une telle décision. Deux problèmes seront envisagés successivement, à savoir la validité de la période d'essai stipulée dans le contrat (A), et les conséquences quant à la procédure de rupture du contrat (B).**

La question de la validité de la période d'essai

Suite à l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, la loi de modernisation du marché du travail du 25 juin 2008 est venue modifier substantiellement les règles applicables aux périodes d'essai, notamment quant à leur durée. Depuis cette date en effet, l'article L 1221-19-3° impose une durée maximale, pour les cadres sous contrat à durée indéterminée, de 4 mois. Avant l'entrée en vigueur de la loi, était exigée une durée raisonnable en fonction du poste occupé, qui pour un cadre pouvait effectivement s'étendre jusqu'à 12 mois. L'article L. 1221-22 du code du travail prévoit que l'article L 1221-19 est impératif, et le contrat de travail, l'accord collectif, peut y déroger. Pour les contrats conclus antérieurement, comme en l'espèce, une durée plus longue reste autorisée si celle-ci est prévue par un accord de branche conclu avant la date de publication de la loi du 23 juin 2008. En l'espèce, la convention est bien antérieure à 2009. Mais pour pouvoir valablement fonder le maintien de la période d'essai à 12 mois, il doit s'agir d'un accord de branche, et non pas d'un simple accord d'entreprise par exemple. De plus, si l'accord est postérieur à la publication de la loi, la durée de l'article L 1221-19-3° s'imposera à l'employeur. Les conséquences qui s'attachent à ces constatations sont importantes quant à la forme de la rupture.

La rupture du contrat à durée indéterminée.

La procédure à suivre sera fonction de la validité (1) ou de l'illegalité (2) de la période d'essai de 12 mois.

*La validité de la période d'essai.*

Si les conditions évoquées sont remplies, alors la période d'essai de 12 mois est considéré comme valable malgré l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008. L'employeur pourra alors rompre le contrat au bout de 6 mois, sans justifications ni indemnités. Attention toutefois, la loi du 25 juin 2008 a instauré un préavis obligatoire, sans prévoir de possibilité pour se soustraire à ces nouvelles dispositions. L'employeur devra donc, selon les termes de l'article L 1221-25, respecter un préavis d'un mois. La rupture ne doit pas non plus être abusive, ce qui ne semble pas être le cas en l'espèce, puisque l'employeur en se séparant de son salarié, invoque son inadaptation au poste.

*L'invalidation de la période d'essai.*

Dans le cas où les conditions sus-exposées (cf. A) ne seraient pas réunies, alors le salarié, qui a dépassé les 4 mois de présence, doit être considéré comme définitivement embauché. Dans ce cas, l'employeur devra engager une procédure de licenciement pour motif personnel, non disciplinaire, et donc respecter la procédure de licenciement prévue aux articles L. 1232-2 et s. du code du travail : entretien préalable et règles concernant la notification. Or le motif invoqué risque de ne pas convaincre les juges qui pourront refuser d'y voir une cause réelle et sérieuse de licenciement. L'insuffisance professionnelle ne doit pas en effet résulter d'une faute de l'employeur qui affecte le salarié à des tâches qui ne correspondent pas à sa qualification. De même, la Cour de cassation a jugé le 1<sup>er</sup> juillet 1981 que l'insuffisance ne pouvait être formulée de façon dubitative.

Ainsi, il est conseillé à l'employeur de poursuivre la relation de travail avec son salarié. Dès lors, une réelle incapacité professionnelle pourra se confirmer. Dans le cas contraire, l'employeur devra satisfaire à son obligation d'adaptation du salarié aux évolutions de son emploi ; et de façon plus précise il devra remplir son devoir de formation professionnel continue, consacrée par les articles L 6111-1 et L. 6311-1 et suivants du code du travail. Le 23 octobre 2007, la Chambre social a ainsi décidé qu'en cas de manquement de l'employeur à ses obligations de formation, ce dernier ne peut licencier le salarié pour insuffisance professionnelle et devra en outre réparer un préjudice distinct du licenciement abusif.

**Licencié pour insuffisance de résultats, un agent commercial conteste la retenue par l'employeur d'une somme correspondant à la mise en œuvre d'une clause du contrat de travail. Pour analyser les chances de succès de l'employeur, il convient de s'interroger sur la validité de la clause (A) avant d'étudier les**

La validité de la clause du contrat de travail prévoyant le paiement d'une somme en cas d'accident.

L'article L. 1331-2 du code du travail prohibe formellement toute sanction pécuniaire, et la jurisprudence condamne fermement les sanctions pécuniaires déguisées. En outre, l'article L 3251-1 interdit à l'employeur d'opérer une retenue sur salaire pour compenser des sommes qui lui seraient dues par le salarié. En outre, l'employeur ne peut faire peser le risque de l'exploitation sur les salariés, et la législation impose l'assurance de tous les véhicules terrestres à moteur. Ainsi, il apparaît que la clause, dans son principe même, sera annulée par le conseil de prud'hommes. Son caractère forfaitaire implique en outre une impossibilité de proportionner le prix du par le salarié.

**B** La question de la validité de la retenue.

En retenant les 750 € sur les sommes dues au salarié, l'employeur a opéré une compensation de créances illicite. L'article L. 3251-1 a en effet été interprété extensivement par la jurisprudence. Dans un arrêt du 11 janvier 2006, la Chambre sociale a décidé qu'une retenue effectuée sur le salaire en remboursement des contraventions afférentes à un véhicule professionnel mis au service du salarié est illégale, même si elle est prévue par le contrat de travail. La responsabilité pécuniaire du salarié ne peut en effet résulter que de sa faute lourde.

Ainsi, l'employeur a peu de chance de succès. A moins de démontrer une faute lourde du salarié (conduite en état d'ivresse, mise en danger délibéré de la vie d'autrui par exemple) permettant à l'employeur d'engager la responsabilité civile du salarié ; le chef d'entreprise succombera face à la demande du salarié de remboursement des 750 €. Par ailleurs, ceci ne préjuge en rien de la validité du licenciement, puisque la jurisprudence admet, sous condition, la rupture du contrat pour insuffisance de résultats. Ce point ne semble de toute façon pas contesté en l'espèce.

**Lors d'un mouvement de grève, motivé par une demande d'amélioration de leur condition de travail et d'augmentation de primes diverses, certains salariés commettent des violences, dégradations et séquestrations.**

De façon constante la jurisprudence définit la grève comme une cessation concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles. A moins d'avoir soudainement entrepris une action violente, les salariés en question ont bien déclenché un mouvement répondant à la qualification de grève. Le statut protecteur des grévistes, défini par l'article L. 2511-1 du code du travail et suivants ainsi, et surtout, par la jurisprudence

s'applique donc. Mais ce constat n'interdit pas de caractériser un abus du droit de grève de la part des salarié. L'abus du droit de grève est défini par la jurisprudence comme la désorganisation de l'entreprise. Ce critère général a été posé dans un arrêt de la chambre sociale du 4 novembre 1992. Mais l'abus du droit de grève intervient également en cas d'occupation arbitraire des locaux, comme l'a rappelé la cour de cassation par un arrêt du 23 juin 2004 ; ou bien en cas de violences et sequestrations. Les agissements constatés en l'espèce, permettent donc de caractériser un abus du droit de grève, sans pour autant lui faire perdre sa qualification initiale. Il faudra envisager tout d'abord le cas de la validité du protocole signé (A) ainsi que les mesures que l'employeur sera ou non autorisé à prendre à l'issue du conflit (B).

La question de la validité du protocole de fin de conflit.

Le protocole de fin de conflit a été conclu lors de la libération des cadres sequestrés. N'ayant pas été négociés dans les formes prévues par le code du travail, le protocole ne peut être qualifié d'accord collectif. Il peut en revanche s'agir d'un engagement unilatéral. En effet, la jurisprudence a admis qu'un engagement clair de l'employeur, accordant un avantage aux salarié pouvait produire effet en devenant juridiquement contraignant. Cependant, en l'espèce, le caractère abusif des agissements des salariés ne permettent pas de caractériser une volonté de s'engager. L'arrêt Roche du 27 mars 1996 avait en effet caractérisé un engagement unilatéral alors que des discussions avec les délégués du personnel, en vue d'aboutir à la conclusion d'un accord collectif, avait échouées.

Ainsi, un protocole signé sous la menace et lors d'une sequestration ne pourra produire d'effet.

Les droits de l'employeur à l'issue de la grève.

Ayant dégénérée en abus, la grève ne son régime protecteur ne pourra s'appliquer aux éventuels licenciements décidés par l'employeur (2). Par contre, le régime des retenues sur salaire reste inchangé (1).

*L'interdiction des retenues sur salaire.*

La responsabilité pecuniaire des salariés ne peut être recherchée qu'en cas de faute lourde. Celle ci doit être caractérisée pour chaque salarié. Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 1997, la Cour de cassation a décidée que la séquestration de cadres dirigeants constituait une faute lourde. Il en est de même pour les dégradations de biens, ainsi que pour les actes violents à l'égard des personnes. Ainsi, l'employeur doit prouver pour chacun des salarié, la commission d'une faute lourde. En l'espèce, une réponse positive semble s'imposer. Il devra alors engager une action en responsabilité civile. L'article L 1331-2 interdit en effet les sanctions pecuniaires décidées unilatéralement par l'employeur, et l'article L. 3251-1 interdit les retenues sur salaire. La créance de dommages et intérêts n'a en effet pas été établie par un juge, et elle n'a pas la même nature que la créance salariale.

*La possibilité de licencier.*

La faute lourde seule peut autoriser l'employeur à licencier les salariés qui s'en seraient rendus coupable. Ce principe fondamental est énoncé à l'article L. 2511-1 du code du travail. L'employeur devra veiller à caractériser cette faute individuellement. Dans le cas contraire, il verra sa décision annulée, avec une obligation de réintégrer le salarié si ce dernier le souhaite. En ce qui concerne les salariés protégés, délégué du personnel et membre du CHSCT, la procédure d'autorisation de l'inspection du travail devra être respectée, avec en cas de refus, un recours devant le tribunal administratif.

L'employeur devra être vigilant dans l'imputation des faits délictueux à chaque salarié. En particulier, la seule présence lors de ces agissements, sans activisme positif de la part des salariés ne pourra leur être reproché comme constitutif d'une faute lourde.



## ÉPREUVE PRATIQUE

### Droit des affaires

(durée : 4 heures)

**Sujet portant sur diverses questions de droit des affaires**

Copie unique

**Note : 13/20**

#### Question n°1 – Mise à l'écart du délai de préavis prévu par l'accord interprofessionnel UNIBAL/FMB au profit d'un délai plus long

La société Coup'carreaux est une société familiale qui est producteur et fournisseur d'outillages spécialisés pour le bâtiment et qui a pour client, entre autres distributeurs, la société Brico-Marteau, appartenant au groupe Je-Bricole France, à qui la société Coup'carreaux fournit en exclusivité un nouveau modèle de coupe-carreaux électrique.

Par lettre recommandée avec avis de réception, la société Brico-Marteau informe la société Coup'carreaux, le 12 juillet 2005, qu'elle procéderait désormais à une procédure d'appel d'offres pour la fourniture des produits jusque là fournis par la société Coup'carreaux. Cette dernière serait invitée à y participer mais si elle venait à n'être pas retenue, les accords commerciaux existants seraient susceptibles d'être résiliés avec un préavis de 6 mois expirant au 31 janvier 2006.

Presqu'un mois plus tard, le 8 août 2005, la société Brico-Marteau informe la société Coup'carreaux que la lettre du 12 juillet 2005 valait lettre de déréférencement et point de départ d'un préavis de résiliation des accords commerciaux existants d'une durée de 6 mois, durée fixée unilatéralement par le distributeur.

Après tergiversations, le distributeur (Brico-Marteau) renonce à réviser la durée du préavis fixée le 12 juillet 2005 à 6 mois. L'expiration du délai de 6 mois devait donc survenir le 12 janvier 2006. Le distributeur rompit ses relations commerciales avec le fournisseur le 31 janvier 2006.

Il se prévaut d'un accord interprofessionnel UNIBAL/FMB régissant les rapports interprofessionnels dans le secteur de l'outillage domestique et fixant un délai de préavis de 6 à 12 mois en cas de rupture des relations commerciales, dès lors que celles-ci ont duré plus de 5 ans et que le déréférencement porte sur 75 % à 100 % du chiffre d'affaires total réalisé entre les deux parties.

Le distributeur (Brico-Marteau) argue de ce qu'il s'est conformé à cet accord. On ignore quelle part du chiffre d'affaires réalisé entre Brico-Marteau et Coup'carreaux est concernée par le déréférencement, mais, dès lors que Brico-Marteau ne passe après le 31 janvier 2006 que « quelques commandes limitées », on peut penser que le déréférencement porte si ce n'est sur 100 %, du moins sur 75 % du chiffre d'affaires réalisé entre les parties. En outre, selon les estimations du distributeur lui-même, les relations commerciales entre les parties durent depuis environ 8 ans (au plus). Les conditions fixées par l'accord professionnel pour son application sont donc réunies, et le distributeur a respecté un délai de préavis de 6 mois.

L'enjeu est donc de savoir si le fournisseur (Coup'carreaux) peut se prévaloir de l'accord interprofessionnel pour exiger un délai de préavis plus long (entre 6 et 12 mois).

L'article L 442-6 I 5° du Code de commerce dispose qu'est engagée la responsabilité de tout producteur, industriel, ou commerçant qui décide « de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de

préavis déterminée en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels » et qu'« à défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée ».

Mais la loi précise que, dans l'hypothèse où existent des accords interprofessionnels, « lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur ».

Or, en l'espèce, le fournisseur (Coup'carreaux) fournit bien des produits sous marque de distributeur... mais à la société Je-Bricole, pas à la société Brico-Marteau. Il n'y a donc pas lieu de doubler le délai de préavis fixé par l'accord inter-professionnel en s'appuyant sur la loi.

En revanche, la jurisprudence a admis que l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispense pas la juridiction d'examiner si le préavis, qui respecte le délai minimal fixé par cet accord –comme c'est le cas en l'espèce - tient compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances de l'espèce (Cour de Cassation, Chambre commerciale, 2 décembre 2008). Cette solution énoncée par les juges du droit ne vaut pas pour un délai de préavis fixé par un contrat-type de transport public de marchandises (Cass. com. 22 janvier 2008). Les juges du fond aussi (Cour d'Appel de Douai, 20 novembre 2007) admettent que l'existence d'un accord interprofessionnel ne dispense pas les juges d'examiner de façon concrète si le préavis était suffisant pour permettre au partenaire de trouver une solution alternative.

Il semble donc qu'en l'espèce, la société Coup'carreaux puisse, aux termes de cette jurisprudence, demander la mise à l'écart du délai de préavis minimal (qui a été respecté) prévu par l'accord interprofessionnel. Mais il lui faudra prouver que ce délai est insuffisant au regard des particularités, des caractères, de sa relation commerciale avec la société Brico-Marteau. Il reviendra surtout au juge de faire droit (ou non) à cette demande de la société Coup'carreaux.

### Question n° 3 : Poursuite de Je-Bricole

La société Brico-Marteaux, dont la société Coup'carreaux engage la responsabilité pour rupture de relations commerciales à caractère brutal, sur le fondement de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce, appartient au groupe Je-Bricole-France formé des sociétés Je-Bricole et Brico-marteau. Les sociétés Brico-Marteau, Je-Bricole et le groupe Je Bricole-France ont donc fort probablement des liens capitalistiques, financiers, indépendamment de l'autonomie de leurs personnalités morales.

Qui plus est, la gamme de produits fournis par la société Coup'carreaux à Brico-Marteau a été élaborée en accord avec Je-Bricole et Brico-Marteau.

L'enjeu est donc de savoir si, en raison de l'appartenance de la société Je-Bricole au même groupe (et de probables liens financiers avec Brico-Marteau) et en raison de l'immixtion de la société Je-Bricole dans la relation commerciale entre Brico-Marteau et Coup'carreaux, la responsabilité de la société Je-Bricole peut être engagée.

En application de la règle d'autonomie de la personnalité morale des sociétés (même celles appartenant à un même groupe), il a été jugé (Cass. com 24 mai 1982) qu'une société ne peut être condamnée à réparer le préjudice invoqué par une entreprise en raison de la rupture prétendument abusive d'un contrat d'exclusivité qui l'aurait liée à une autre société dont elle avait pris le contrôle, alors que cette dernière constituait une personne morale distincte, en dépit de son appartenance au même groupes de sociétés. Cette autonomie de la personnalité morale explique qu'un groupe de sociétés (dépourvu de personnalité morale) n'a pas capacité pour contracter (Cass. com 2 avril 1996), et qu'une

société ne peut être condamnée à payer par compensation les dettes d'une autre société du même groupe (Cass. com. 12 février 1980). Aux termes de cette jurisprudence, il paraît difficile pour la société Coup'carreaux d'attirer en justice la société Je-Bricole sur le seul fondement de son appartenance au même groupe que Brico-Marteau.

Toutefois, la jurisprudence réserve le cas de la confusion de fait (Cass. com 5 février 1991) et aussi celui de l'immixtion de certaines sociétés du groupe dans la gestion de l'une d'elles, dépourvue d'autonomie. (Cass. com. 4 mars 1997). Dans une telle hypothèse, les juges du droit ont admis que les sociétés qui s'ingèrent soient condamnées à payer les dettes d'inexécution contractuelle de la société « victime » de l'ingérence. Or, en l'espèce, la gamme de produits fournis par la société Coup'carreaux à la société Brico-Marteau était définie « en accord » avec Je-Bricole. Il semblerait donc que la société Coup'carreaux aurait eu intérêt à engager la responsabilité de la société Je-Bricole en s'appuyant sur cette jurisprudence et en prouvant l'immixtion de la société Je-Bricole.

En outre, en s'appuyant non plus sur le seul article L 442-6 I 5° du Code de commerce, mais en invoquant l'abus de dépendance économique prévu par l'article L 420-2 al. 2 du même Code, la société Coup'carreaux aurait pu essayer de prouver un abus de dépendance économique collective. L'article L 420-2 al. 2 du Code de commerce prohibe en effet « l'exploitation abusive par une entreprise ou groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur », dès lors que cette exploitation abusive est « susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence ». En prouvant tout d'abord l'abus de dépendance économique, -c'est-à-dire, aux termes de la jurisprudence (CA Paris, 5 juillet 1991, Cass. com 9 avril 2002, 10 décembre 1996), la situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre des relations commerciales avec une autre lorsqu'il lui est impossible soit de s'approvisionner en produits substituables dans des conditions équivalentes (pour un distributeur – Cass. com 9 avril 2002) soit de trouver d'autres débouchés sur le marché local concurrentiel (Cass. com 10 décembre 1996)- en prouvant cet abus, et en prouvant qu'il résulte d'une concertation des sociétés Je-Bricole et Brico-Marteau – la jurisprudence ayant consacré l'abus de dépendance collective comme elle a consacré l'abus de position dominante collective (CA Paris 6 juillet 1994) -, la société Coup'carreaux pourrait attirer en justice la société Je-Bricole (à condition de prouver les effets négatifs pour la concurrence).

Elle pourrait aussi le faire sur le fondement de l'article L 442-6 I 2° du Code de commerce qui dispose qu'est engagée la responsabilité de tout producteur, commerçant, industriel ayant décidé « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Toutefois, alors que les juges du fond (CA de Douai 20 novembre 2007) avaient admis la possibilité d'un abus de dépendance économique collective sur ce fondement à l'égard de deux personnes juridiques distinctes (Brico-Dépôt et Castorama) dont ils avaient admis la gemellité, les juges du droit (Cass. com. 2 décembre 2008) ont cassé leur décision sur ce point. Selon le fondement choisi et l'aptitude de la société Coup'carreaux à apporter la preuve d'une immixtion, la société Je-Bricole pourra –ou non- voir sa responsabilité engagée.

#### Question n° 2 – Indemnisation de la société Coup-carreaux par la société Brico-Marteau

Pour engager la responsabilité de la société Brico-Marteau, la société Coup'carreaux doit prouver que la rupture des relations contractuelles est abusive, donc fautive, et qu'en outre, elle contrevient aux dispositions de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce relatif à la rupture de relations commerciales établies sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant une durée minimale.

Le fondement de l'action de la société Coup'carreaux est contractuel. Il s'agit d'engager la responsabilité contractuelle de la société Brico-Marteau à laquelle elle est liée

par des contrats. Or l'action en responsabilité contractuelle sur le fondement du droit commun (articles 1142 et 1147 du Code civil – et suivants) exige la preuve d'une faute (inexécution contractuelle), d'un préjudice (un dommage qui, en application de l'article 1150 du Code civil, se limite, en responsabilité contractuelle au seul dommage prévisible), et d'un lien de causalité entre cette faute et ce préjudice. L'article 1151 du Code civil précise que les dommages-intérêts contractuels se limitent à la perte éprouvée (suite « immédiate et directe » de l'inexécution) et au gain manqué (c'est-à-dire au *damnum emergens* et au *lucrum cessans*). En vertu du principe de non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle, seule la responsabilité contractuelle peut être engagée dès lors qu'un contrat lie le fauteur et la victime.

L'article L 442-6 I du Code de commerce énonce des comportements précis engageant la responsabilité d'un producteur, commerçant, ou artisan. Il s'agit d'une responsabilité civile de droit commun. Il faut donc prouver la faute, le préjudice et le lien de causalité.

Toutefois l'article L 442-6 III du Code de commerce énonce des modes de sanction pour les uns issus du droit commun (responsabilité, annulation des clauses/contrats illicites) et pour les autres exorbitant du droit commun (amende civile pouvant être prononcée par le ministre de l'Economie –qui peut aussi agir en répétition de l'indu).

Aussi est-ce la raison pour laquelle une action en indemnisation sur ce fondement exige plus que l'action en dommages-intérêts contractuels ordinaire. Pour admettre l'action fondée sur l'abus de dépendance économique (article L 442-6 I 2° du Code de commerce), il est exigé que soit rapporté la preuve d'un « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». L'abus de dépendance économique défini à l'article L 420-2 al. 2 du Code de commerce s'appuie, lui, sur la responsabilité délictuelle (articles 1382, 1383 du Code civil) et exige la preuve d'un état de dépendance (préjudice commercial), d'une faute (exploitation abusive) mais aussi d'un impact négatif sur le marché de la concurrence.

Quant à l'indemnisation fondée sur l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce, elle exige, outre le préjudice, la faute et le lien de causalité (avec exonération possible en cas de force majeure), le fait :

- que la rupture intervienne sans préavis écrit (ce qui n'est pas le cas ici) ;
  - que, en l'absence ou en présence d'un préavis, celui-ci ne tienne pas compte de la durée de la relation commerciale établie entre les contractants (estimée ici à 8 ans) ;
  - que le préavis (s'il y a) ne respecte pas une durée minimale déterminée par des accords interprofessionnels ou, à défaut, par les usages du commerce ;
  - que la rupture soit brutale.
- D'où l'enjeu de définir si la rupture est, ici, brutale ou pas...

#### Questions n° 4 et 5. Durée légale du préavis – Point de départ du préavis – Durée de la relation commerciale – Caractère brutal de la rupture de la relation commerciale

Quant à la durée légale du préavis, elle est en principe fixée par les accords interprofessionnels à une durée allant de 6 à 12 mois. Les conditions étaient ici réunies pour que cette durée de préavis s'applique (cf. question n° 1). Et le délai prévu a été respecté par la société Brico-Marteau puisqu'elle a émis le préavis le 12 juillet 2005 et a rompu les relations commerciales (sauf quelques commandes insignifiantes) plus de 6 mois plus tard (le 31 janvier 2006).

Néanmoins, ayant vu que la jurisprudence (juges du droit comme juges du fond) avaient admis la possibilité d'examiner si le délai du préavis minimal prévu par l'accord interprofessionnel était, ou non, suffisant au regard de la durée de la relation commerciale et des circonstances, il convient de se demander quelle serait, dans cette hypothèse, la durée du préavis.

En la matière, il a pu être jugé (Tribunal de Commerce de Paris, 2 avril 1999) qu'à défaut d'usages reconnus ou d'accords professionnels, la durée du préavis devait

s'apprécier au regard de critères généralement utilisés par la jurisprudence et qui dépendent de la nature de la relation commerciale, de son ancienneté, de la notoriété des produits. Il a été précisé (CA Paris 23 février 2007) que la fixation de la durée de préavis devait prendre en compte l'éventuel engagement d'exclusivité liant les parties et susceptible de créer un état de dépendance économique. Or, en l'espèce, la société Coup'carreaux est liée à la société Brico-Marteau par un engagement d'exclusivité pour une partie des produits fournis (les coupe-carreaux électriques). Il a été aussi précisé que la durée de préavis pouvait prendre en compte la nature des produits. Ainsi un préavis d'un an pour des produits alimentaires ayant un cycle de production annuel a été validé (TGI Nanterre, 5 novembre 2004). Si les juges ne sont pas liés par le préavis stipulé dans le contrat (CA Lyon, 10 avril 2003), ils oscillent selon les circonstances de l'espèce entre 4 mois et 30 mois. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles (27 avril 2000) a jugé excessif un délai de préavis de 30 mois, et qu'un tel délai ne pouvait être admis que dans des circonstances exceptionnelles et qu'il appartient à la partie qui s'en prévaut d'en avertir ses partenaires. À l'inverse, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a admis un délai de préavis de 6 mois dans une espèce où les relations d'affaires entre les parties duraient depuis 10 ans (Cass. com. 31 janvier 2006)

L'enjeu est donc d'évaluer la durée de la relation commerciale liant les sociétés Coup'carreaux et Brico-Marteau. Or, on ne dispose en l'espèce que des estimations de la société Brico-Marteau qui évalue la durée des relations à 8 ans au plus. Si cette durée était avérée, le préavis de 6 mois (respecté par Brico-Marteau) serait validé par les juges aux termes de la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 31 janvier 2006. Pour évaluer la durée de la relation commerciale établie, il faut donc s'appuyer sur les contrats et les factures traduisant la prise de poids de la société Brico-Marteau dans les débouchés de la société Coup'carreaux. Le fait que la société Brico-Marteau représente 16 % du chiffre d'affaires global de la société Coup'carreaux est un indice à cet égard. De même que l'est l'augmentation du chiffre d'affaires HT réalisé entre Brico-Marteau et Coup'carreaux en 2004.

L'enjeu est aussi de fixer le point de départ du délai de préavis. Sur ce point, c'est encore la jurisprudence qui est venue préciser les silences de la loi. Les juges du droit (Cass. com. 9 juillet 2002) se sont prononcés sur la question de savoir si le point de départ du préavis devait être fixé à la date d'envoi ou à la date de réception de la lettre recommandée de rupture. L'application de la théorie de la réception semble ici préférable. Il faudrait donc fixer le début du délai de préavis au 12 juillet 2005. En toute hypothèse, les juges du fond (Cour d'appel de Pau 21 février 2006) ont précisé qu'il ne pouvait s'entendre de la date de réception d'une télécopie précédant la lettre de rupture. Dans une affaire aux faits d'espèce proches de ceux ici en jeu, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a jugé le 6 juin 2001 que le délai de préavis courait à compter du jour où le contractant informe son partenaire de sa volonté de ne pas poursuivre les relations contractuelles par la notification de son intention de recourir à un appel d'offres – et non à la date de la notification de l'échec à cet appel d'offres (ici le 14 décembre 2005). Aux termes des jurisprudences des 9 juillet 2002 et 6 juin 2001, il y a donc lieu de penser qu'en l'espèce, le point de départ du délai de préavis était bien le 12 juillet 2005. Il n'y a pas lieu de prendre en considération les tergiversations et les espoirs de participation à une procédure d'appel d'offres pour fixer le point de départ du délai.

En revanche, cette tentative de la société Brico-Marteau de masquer une rupture brutale de relations commerciales établies par le recours à une procédure d'appel d'offres à laquelle elle a fait espérer à la société Coup'carreaux d'être associée – sans pour autant lui fournir des précisions sur le cahier des charges à remplir, cette tentative peut être retenue pour caractériser la mauvaise foi de la société Brico-marteau et, par là-même la brutalité de la rupture (et son caractère abusif). Ainsi, il a été jugé (CA Versailles 19 septembre 2002) que la dissimulation de l'intention de changer de source d'approvisionnement était constitutive d'un comportement fautif de nature à engager la responsabilité du commerçant distributeur. Dans une espèce proche de celle ici en cause, la Cour d'appel de Lyon (3

juillet 2008) a jugé que si la notification d'un appel d'offres peut constituer la manifestation de ne pas poursuivre les relations contractuelles dans les conditions antérieures et peut faire courir le délai de préavis, encore faut-il que l'annonce soit écrite et explicite. Si, en termes de durée du préavis, la rupture n'apparaît guère brutale, dans la mesure où les juges du droit (Cass. com. 31 janvier 2006) et les juges du fond (Douai, 10 mai 2007) ont pu juger qu'un délai de 6 mois était suffisant au regard de relations durant depuis 10 ans (arrêt de 2006) et qu'un délai de 10 mois pouvait l'être (arrêt de 2007), il n'en reste pas moins que les modalités de la rupture (non-communication des précisions pour le cahier des charges de l'appel d'offres) apparaissent fautives, traduisant la mauvaise foi de la société Brico-Marteau.

#### Question n° 6 – Évaluation des chefs de préjudice

Si l'on considère qu'il y a eu abus du droit de rupture et abus de dépendance économique (au sens de l'article L 442-6 I 2° du Code de commerce), alors il faut évaluer les dommages-intérêts auxquels la société Coup'carreaux peut prétendre. Sur cette question, il a été précisé par les juges du fond (CA Versailles 10 juin 1999) que les dommages-intérêts devaient tenir compte de la durée du préavis qui aurait dû être accordé et du dommage tel qu'évalué en matière de responsabilité contractuelle (*damnum emergens* et *lucrum cessans* – perte éprouvée et gain manqué).

La Cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 5 septembre 2000, a évalué le préjudice indemnisable en prenant pour base le chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur (société Coup'carreaux) pendant les quelques mois précédant la rupture (et en tenant compte de la diminution progressive de la part de marché représentée par le fournisseur dans les achats du distributeur). Or, en l'espèce, on dispose du chiffre d'affaires HT réalisé entre les parties (1 059 870 € en 2002, 1 495 513 € en 2004). Mais il s'agit du chiffre d'affaires de l'année qui précède la rupture. Faut-il alors recourir à l'évaluation complexe proposée par le Tribunal de Commerce d'Evry dans un arrêt du 5 octobre 2005 : marge annuelle sur le chiffre d'affaires susceptible d'être réalisé avec le distributeur multiplié par 6 – en raison de la durée des relations commerciales antérieures (20 ans)- avec application d'un coefficient de 50 % puisqu'il s'agit d'une perte de chance ? Ici, le coefficient serait de 3 (puisque les relations sont estimées à 8 ans). L'évaluation précise est difficile. Mais la société Brico-Marteau peut essayer de la diminuer en faisant valoir qu'il appartenait à la société Coup'carreaux de modérer son dommage à l'avance en diversifiant les distributeurs. C'est ainsi que la Cour d'appel de Douai a jugé qu'un fournisseur a pris un risque en ne développant pas d'activités nouvelles et en ne diversifiant pas les distributeurs.

Si l'on considère qu'il n'y a ni abus de droit de rupture ni abus de dépendance économique au sens de l'article L 442-6 I du Code de commerce, alors le préjudice doit être évalué selon les règles de la responsabilité contractuelle déjà énoncées (dommage prévu au contrat ou qui aurait dû être prévu – article 1150 C. civ).

Si le dol de la société Brico-Marteau est prouvé (dans la mesure où son attitude de mauvaise foi lors de la procédure d'appel d'offres peut être jugée dolosive), ou si l'action se fonde sur l'article L 420-2 al. 2 du Code de commerce, alors le dommage sera évalué selon les règles de la responsabilité délictuelle (articles 1382 et 1383 C. civ) et réparé dans son intégralité. Le préjudice moral n'est pas exclu, dans la mesure où la rupture peut être jugée vexatoire.

## ÉPREUVE PRATIQUE

### Droit administratif

(durée : 4 heures)

#### Sujet portant sur le régime juridique des ordonnances

Copie unique

Note : 16/20

Monsieur le député,

I.

La compétence du Conseil d'État pour contrôler la légalité des ordonnances se fonde sur la nature administrative de cet acte jusqu'à sa ratification (ou jusqu'à l'expiration du délai d'habilitation). C'est en effet un critère organique qui prévaut en la matière, ainsi qu'il ressort de la décision HOFFER du Conseil d'État, en date du 8 décembre 2000.

Or, en vertu de la décision du Conseil constitutionnel « Conseil de la concurrence » de 1987, l'annulation et la réformation des actes pris par l'administration dans la cadre de prérogatives de puissance publique et afin de conduire sa mission relèvent de la compétence du juge administratif.

Le juge judiciaire est donc exclu de ce contrôle de légalité des ordonnances.

Au sein de la juridiction administrative, seul le Conseil d'État est compétent au titre de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative (CJA), l'ordonnance étant, au moins provisoirement, un acte administratif délibéré en Conseil des ministres et dont, au surplus, le champ d'application excède le ressort d'un seul tribunal administratif.

Cependant, à ce principe de la compétence du Conseil d'État, il convient d'apporter plusieurs nuances. En effet, d'autres juridictions que le Conseil d'État peuvent être amenées à connaître de la légalité d'une ordonnance. Certes, le Conseil d'État garde un monopole du contrôle par voie d'action, mais le contrôle par voie d'exception concerne quant à lui l'ensemble des juridictions (CE, HOFFER, précité). Ainsi, tant que l'ordonnance aura une nature d'acte administratif, son illégalité pourra être soulevée par voie d'exception dans le cadre d'un recours dirigé contre un acte pris pour son application. Dès lors, les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel pourront se prononcer sur la légalité de l'ordonnance, mais aussi, au sein de la juridiction administrative, toutes les juridictions spécialisées (juridictions de pensions, CDAS et CCAS, ordres professionnels statuant en matière disciplinaire - CE, 1953, De Bayo-, etc.).

Le juge judiciaire pourra également, par cette voie, être amené à apprécier la légalité d'une ordonnance. Au moins le juge pénal le pourra-t-il, en vertu de sa plénitude de juridiction tirée de l'article 111-5 du Code pénal. Le juge civil, pour pouvoir apprécier la légalité d'une ordonnance, devra être saisi d'un litige dans lequel l'ordonnance porte atteinte au domicile ou au droit de propriété (TC, 1923, Septfonds ; TC, 1947, Barinstein). À défaut, il devra poser au juge administratif une question préjudicielle.

En outre, et cela participe au contrôle de légalité, entendue largement, les juridictions -non pas uniquement le Conseil d'État- pourront contrôler la conventionalité de l'ordonnance, et ce, même si elle aura fait l'objet d'une ratification ou que le délai d'habilitation aura expiré, le contrôle de conventionalité des dispositions législatives incombant aux juges ordinaires (CC, 1974, IVG ; CCass, 1975, Jacques Vabre ; CE, Ass, 20 oct 1989, Nicolo).

Enfin, le Conseil constitutionnel peut indirectement contrôler la légalité -toujours entendue au sens large, incluant ici la constitutionnalité - d'une ordonnance, au travers de la loi de ratification, si cette dernière lui est déférée au titre de l'article 61 de la Constitution.

Cela suppose d'entendre également le terme « juridiction » assez largement, le Conseil constitutionnel n'en étant pas une au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH).

Le Conseil constitutionnel peut même en amont, par son contrôle de la loi d'habilitation, encadrer la légalité de l'ordonnance en précisant certains points (voir la décision de 2003 sur la loi d'habilitation préfigurant l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, ou encore la décision 99-421 DC du 16 décembre 1999 sur l'étendue de la compétence du gouvernement en cas de codification à droit constant).

Et depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (LC n° 2008-724), le Conseil constitutionnel pourra apprécier la constitutionnalité d'une ordonnance ratifiée (encore une fois, « légalité » s'entend ici comme le respect des normes hiérarchiquement supérieures, non strictement le respect de la loi) par le jeu de l'article 61-1 précisé par la loi organique.

## II.

Le dépôt du projet de loi de ratification a, sur l'ordonnance qu'il concerne, pour effet d'éviter de la rendre caduque. En effet, aux termes de l'article 38 de la Constitution, le défaut de dépôt d'un tel projet de loi avant la date fixée par la loi d'habilitation frappe l'ordonnance de caducité.

L'ordonnance, si ce dépôt est effectué, continuera par conséquent de produire ses effets.

La ratification de l'ordonnance par le Parlement a pour effet de conférer à ladite ordonnance une pleine valeur législative -toujours aux termes de l'article 38 de la Constitution - dès sa signature (Hoffer, précité), soit rétroactivement. Dès lors, le Conseil d'État est dessaisi de sa compétence pour connaître des recours dirigés contre l'ordonnance (voir en ce sens CE, 8 décembre 2000, Hoffer, précité). Il reste cependant un cas de compétence pour le Conseil d'État, évoqué dans la précédente question, celui du contrôle de conventionalité de l'ordonnance, mais aussi - et c'est plus original - de la loi de ratification, notamment au regard des stipulations de la CESDH relatives au droit à un procès équitable et empêchant les lois de validation (CE, Hoffer, précité).

Il convient de noter que la ratification, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, ne peut désormais qu'être explicite et non plus implicite (c'était déjà le cas pour les ordonnances de l'article 74-1 depuis 2003).

S'agissant du refus de ratifier l'ordonnance (qui, en principe, est un acte de Gouvernement au sens contentieux du terme), il convient de préciser que la conséquence pour l'ordonnance ne sera pas la caducité.

L'ordonnance produira des effets, mais il conviendra alors, à l'expiration du délai d'habilitation, de distinguer les dispositions de nature législative de celles relevant de la matière réglementaire. L'ordonnance connaîtra ainsi une dissociation matérielle.

Il appartient au Gouvernement, s'il l'estime opportun, de déposer un nouveau projet de loi de ratification.

### III.

Une fois le délai d'habilitation expiré, il convient de distinguer deux situations. Soit l'ordonnance a été ratifiée, elle acquiert dès sa signature une valeur législative et ne peut plus être modifiée que par une loi (ou une ordonnance si le législateur y habilite le gouvernement).

Soit, et c'est la situation la plus délicate, aucune ratification n'est intervenue. Dès lors, il faut différencier les dispositions relevant de la matière législative de celle de nature réglementaire.

Pour les dispositions matériellement législatives, seul une loi ou le Gouvernement par ordonnance et habilité en ce sens par le Parlement peuvent les modifier (voir notamment CE, Ass, 11 décembre 2006, Conseil National de l'ordre des médecins CNOM, au Recueil).

En ce qui concerne les dispositions de nature réglementaire, leur modification relève de la compétence du Gouvernement (Premier ministre, détenteur du pouvoir réglementaire de droit commun en vertu de l'article 21 de la Constitution et sous réserve, d'une part, de son article 13, d'autre part, de ce que le Président de la République ait signé le décret modifiant ces dispositions -CE, 1992, MEYET).

La compétence du pouvoir réglementaire pour modifier ces dispositions se fonde en outre sur le fait que nul n'a droit au maintien en l'état d'une réglementation (CE, 1961, Vannier).

Mais, le législateur peut, également, modifier les dispositions réglementaires de l'ordonnance, dans la mesure où ne sont plus censurées par le Conseil constitutionnel les lois contenant des dispositions à caractère réglementaire -CC, 1982, Blocage des Prix-.

S'agissant de l'abrogation, celle des dispositions à caractère législatif ne peut être le fait du Gouvernement (CE, 11 décembre 2006, CNOM, précité). Elle relève donc de la compétence du législateur, ou encore du pouvoir constituant originaire ou dérivé (en vertu de la théorie de l'abrogation implicite des normes incompatibles avec de nouvelles normes égales, a fortiori supérieures CE, avis du 4 nivôse an VIII ; AJDA, 13 octobre 2009, Chronique générale de jurisprudence française).

Il convient de préciser que le peuple, par la voie référendaire, peut modifier et abroger les dispositions, législatives ou réglementaires, d'une ordonnance.

L'abrogation des dispositions réglementaire relève de la compétence du Gouvernement - c'est même une obligation si elles sont illégales et qu'il est saisi d'une demande en ce sens - CE, 1989, Cie ALITALIA- (CE, 1954, Société Les Moulins).

### IV.

La nature de l'habilitation donnée au Gouvernement par le Parlement semble avoir fait l'objet d'une définition claire par le Conseil d'État, cependant cette affirmation doit être nuancée.

Dans une décision de Section du 5 mai 2006, M. SCHMITT, le Conseil d'État a précisé que l'habilitation produit ses effets jusqu'à son terme, nonobstant la circonstance « que le Gouvernement en fonction à la date d'entrée en vigueur de la loi d'habilitation diffère de celui en fonction à la date de signature d'une ordonnance ».

La nature impersonnelle de l'habilitation paraît donc affirmée.

Toutefois, cet énoncé précise que la loi d'habilitation peut apporter des « précisions contraires ». Surtout, dans cette même décision, le Conseil d'État ajoute qu'en l'espèce, la loi d'habilitation n'a pas entendu habiliter uniquement le gouvernement en fonction à la date de son entrée en vigueur. Ainsi, a contrario, il semble possible de restreindre

l'habilitation au seul gouvernement alors en fonction, ce qui confère à cette habilitation un caractère personnel.

En conséquence, il semble que l'habilitation est impersonnelle en principe, sauf dispositions contraires contenues dans la loi d'habilitation.

La nature personnelle de l'habilitation peut trouver une justification dans la mesure où un changement de gouvernement risque potentiellement d'entraîner un changement d'orientation. Or, par cette habilitation, le Parlement consent au Gouvernement d'agir dans un certain cadre. Il ne s'agit pas d'un blanc-seing au bénéfice de l'exécutif ce qu'illustre d'ailleurs le contrôle par le Conseil d'État du respect de l'étendue de l'habilitation (cf. question V).

Toutefois, la position retenue comme étant le principe d'impersonnalité de l'habilitation par le Conseil d'État dans sa décision SCHMITT tend à démontrer l'absence d'intuitus personae attaché à cette habilitation.

L'habilitation peut être comparée à la délégation de pouvoir, qui ne peut être reprise et n'est pas revêtue d'intuitu personae. Au demeurant, même la délégation de signature, teintée d'un tel caractère, ne disparaît pas nécessairement avec la disparition de son titulaire (voir notamment le décret de 2005 portant sur ce point au sein des administrations centrales).

En outre, le principe de continuité de l'État, et l'un de ses avatars la continuité du service public (ayant valeur constitutionnelle, CC, 25 juillet 1979, RTF) s'oppose, ou à tout le moins tend à faire obstacle, à ce que l'habilitation puisse revêtir de façon générale un caractère personnel.

De plus, lorsqu'un ministre fait l'objet d'un contentieux (l'un de ses actes est attaqué), le changement du ministre en fonction en cours d'instance n'a absolument aucune incidence sur le déroulement de la procédure, car c'est le ministre « ex officio », pris en sa qualité qui est concerné. Il devrait en aller de même pour le Gouvernement s'agissant de l'habilitation. L'unité de l'État et sa continuité militent en ce sens.

## V.

Dans le cadre de son contrôle des ordonnances de l'article 38, le Conseil d'État s'assure en premier lieu du respect des éléments constitutifs de la légalité externe au sens de la décision Société Intercopie (CE, Sect., 20 février 1953).

La compétence du signataire de l'ordonnance, le respect de la procédure et de la forme sont contrôlés.

Ainsi, si l'ordonnance n'est pas prise en Conseil des ministres, elle sera entachée d'un vice de procédure. Si le Conseil d'État n'a pas été consulté, il s'agit alors là, en principe et comme pour les décrets en Conseil d'État, d'un vice d'incompétence susceptible d'être soulevé d'office par le juge.

Le Conseil d'État contrôle également le respect par le Gouvernement du champ de l'habilitation parlementaire, et veille à ce que l'étendue de cette dernière n'a pas été méconnue (CE, 26 novembre 2001, Association liberté information santé -ALIS-).

Il contrôle aussi la conventionalité de la loi de ratification s'il est saisi d'un recours contre une ordonnance ratifiée, en ce qui concerne les dispositions législatives. Le même contrôle peut en outre directement concerner l'ordonnance ainsi que cela a été vu. Il ne s'agit cependant pas d'un moyen d'ordre public (CE, 6 décembre 2002, Macidak).

S'agissant du contrôle de l'ordonnance au regard de l'état du droit, il y a lieu de relever, notamment au regard de certaines décisions, que la vocation législative de l'ordonnance pèse sur le contrôle opéré.

Le contrôle porte en effet sur la conformité entre les dispositions de l'ordonnance et le Bloc de constitutionnalité. Ainsi, dans la décision France Nature Environnement du 7 juillet 2006, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'État a contrôlé l'ordonnance en litige au regard de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (son article 16) et de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 en ce qui concerne la liberté individuelle et la sûreté.

Le Conseil d'État, en quelque sorte, se substitue au Conseil constitutionnel - qui ne pourra connaître de l'ordonnance sous réserve d'une mise en œuvre de l'article 61-1 - et s'assure de la constitutionnalité d'une norme qui, en raison de ses spécificités, risquerait sinon de devenir une loi échappant à un réel contrôle au regard de la Constitution. En toute rigueur juridique, dans la mesure où il s'agit d'un acte administratif -provisoirement-, le Conseil d'État pourrait censurer une disposition contraire à un PGD. Mais cette idée se heurte à la nature législative ab initio de certaines dispositions.

En somme, si la compétence du Conseil d'État se fonde sur un critère organique, la nature de son contrôle repose sur une approche matérielle.

## VI.

Une ordonnance ayant fait l'objet d'une ratification acquiert une valeur législative, et ce rétroactivement à compter de sa signature (CE, 8 décembre 2000, Hoffer).

Dès lors, la compétence du Conseil d'État pour connaître de l'ordonnance est exclue.

Cependant, deux nuances doivent ici être apportées.

D'une part, et ainsi que cela a été vu, une ordonnance ratifiée peut, au même titre que toute loi, faire l'objet d'un contrôle de conventionalité par voie d'exception (CE, 20 oct. 1989, Nicolo).

D'autre part, la loi de ratification elle aussi fait l'objet d'un contrôle de conventionalité. Si elle s'avère être incompatible avec des stipulations d'une convention internationale, en l'occurrence celles des articles 6§1 et 13 de la CESDH (CE, Hoffer, précité), elle sera écartée.

Il existe donc des aménagements dans le contrôle.

## VII.

Le contrôle des ordonnances précédant à une codification à droit constant pose un problème lié à la nature de la matière concernée.

Le principe de la codification à droit constant est de ne pas modifier la teneur des dispositions concernées. Seule la forme change, le fond reste le même.

Dès lors, contrôler des dispositions d'une ordonnance qui se bornent à codifier à droit constant de précédentes dispositions législatives revient, pour le Conseil d'État, à contrôler, matériellement, ces dispositions législatives promulguées antérieurement. Or, le contrôle des normes législatives ne ressort pas de sa compétence (sauf s'agissant des traités).

En outre, il ressort d'une décision 99-421 DC du 16 décembre 1999 que le Conseil constitutionnel a entendu empêcher, dans le cadre de codification à droit constant par ordonnance, toute modification matérielle des normes concernées sauf celles rendues nécessaires par le respect de la hiérarchie des normes ou l'harmonisation de l'Etat du droit (voir également CE, 26 novembre 2001, A.L.I.S.).

Le Conseil d'État contrôlera donc le respect de l'étendue de l'habilitation, mais ne peut en principe pas contrôler les dispositions inchangées codifiées - cela n'entrant pas dans son office - , mais simplement les nouvelles dispositions.

#### VIII.

En sus des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, il existe d'autres types d'ordonnances.

Celles de l'article 92 de la Constitution, permettant au Chef de l'État d'adopter certaines mesures dans des domaines ressortant de celui de la loi, ne seront qu'évoquées dans la mesure où l'article 92 a été abrogé.

L'article 74-1 de la Constitution concerne les ordonnances relatives à l'outre-mer - hors DROM - et permet au Gouvernement d'étendre aux collectivités d'outre-mer et à la Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives métropolitaines, et de les adapter aux spécificités locales (les COM et la Nouvelle-Calédonie ne font pas, à la différence des DROM, hors Réunion, l'objet de l'assimilation législative). Ces ordonnances, à la différence de celles de l'article 38, requièrent l'avis de l'assemblée délibérante de la collectivité concernée (en plus de celui du Conseil d'État).

Le délai de ratification est précisé (18 mois), et la caducité intervient non pas à défaut du dépôt du projet de loi de ratification, mais à défaut de ratification dans les 18 mois - ce qui est plus sévère.

Il existe également les ordonnances référendaires par lesquelles le peuple habilite l'exécutif à intervenir dans le domaine de la loi. Le Parlement n'est donc pas l'auteur de l'habilitation.

Ces ordonnances ont été qualifiées d'actes administratifs par le Conseil d'État en 1962 (Canal, Robin et Godot), en raison du critère organique retenu, mais une loi de 1963 leur a conféré une valeur législative, tenant en échec la jurisprudence précitée.

Enfin, en matière de finances publiques, lorsque le Parlement, qui dispose de 70 jours, n'a pu adopter à temps le projet de loi de finances, le gouvernement peut mettre à exécution le budget par voie d'ordonnances qui a valeur de loi de finances et en suit donc le régime (pas de cavaliers budgétaires notamment).

Il y a d'ailleurs lieu de relever que le texte organique précédant la LOLF du 1<sup>er</sup> août 2001 était une ordonnance de 1959.

## DROIT parlementaire

(durée : 3 heures)

### Sujet : « L'obstruction et les dispositions de la Constitution et des Règlements des assemblées parlementaires »

Copie A

Note : 15/20

L'obstruction est une technique utilisée le plus souvent par l'opposition parlementaire qui consiste à retarder le plus possible les travaux en séance, principalement en s'octroyant un temps de parole maximum, traditionnellement au moyen du dépôt d'amendements, de motions, d'exceptions, de rappels au Règlement ou d'explications de vote.

L'obstruction s'est développée dans les années 1970 avec la réalisation du fait majoritaire : face à une majorité solide et unie, l'opposition parlementaire, dans les faits ne peut renverser le Gouvernement ni empêcher l'adoption d'un texte, ses propositions ne sont que rarement adoptées ; l'obstruction est alors le seul moyen dont elle dispose pour faire entendre sa voix. Le développement de l'obstruction et l'encombrement des travaux parlementaires ont conduit à la limitation de cette technique par la révision de la Constitution du 23 juillet 2008, la loi organique du 15 avril 2009 et la réforme du Règlement de l'Assemblée nationale (RAN) du 27 mai 2009.

L'obstruction rendue possible par certaines dispositions de la Constitution et des règlements des assemblées parlementaires, est aujourd'hui encore possible au Sénat mais considérablement limitée à l'Assemblée nationale (I). Dans tous les cas, des dispositions de la Constitution et des Règlements des assemblées parlementaires permettent au Gouvernement de la contourner (II).

Certaines dispositions de la Constitution et des Règlements des assemblées parlementaires rendent l'obstruction possible, mais cette technique est aujourd'hui limitée, surtout à l'Assemblée nationale.

L'obstruction consistant à s'octroyer un temps de parole maximum pour retarder les débats, toutes les dispositions qui donnent un temps de parole supplémentaire sont utilisées. Le premier outil est le droit d'amendement : il appartient aux membres du Parlement, selon l'article 44 de la constitution et il n'est limité que par l'irrecevabilité financière (articles 40 de la Constitution, 89 RAN et 45 RS) et législative (articles 41 de la constitution, 93 RAN et 45 RS) pour les projets et les propositions de loi. Or, les règlements des assemblées parlementaires associent au droit d'amendement un droit à un temps de parole automatique : selon les articles 95 RAN et 42 RS, tout amendement doit être discuté. L'opposition, pour retarder les débats sur un texte peut donc déposer un nombre d'amendements illimité, si ces amendements respectent les articles 40 et 41 de la Constitution et qu'ils ont un lien avec le texte discuté, même indirect (article 98 RAN, alinéa 5 et CC, DC, 28 décembre 1985).

Les règlements des assemblées parlementaires rendent également l'obstruction possible grâce au temps de parole automatiquement accordé lors de certaines motions de procédure : les parlementaires, pour chaque texte, peuvent ainsi déposer des motions de rejet préalable à l'Assemblée nationale (article 95 RAN), des exceptions d'irrecevabilité et des questions préalables au Sénat (article 44 RS), ils peuvent faire des rappels au Règlement (articles 58 RAN et 36 RS), demander des explications de vote ou des suspensions de séance. Chacune de ces procédures peut retarder les débats jusqu'à 15

minutes, ou plus pour les suspensions de séance ; l'accumulation de ces techniques sur un même texte, couplée au dépôt de nombreux amendements, peut ainsi retarder les débats de plusieurs dizaines d'heures et contribuer à encombrer le calendrier parlementaire.

C'est pour cette raison que la révision de la constitution du 23 juillet 2008 et la réforme du règlement de l'Assemblée nationale du 27 mai 2009 ont posé des limites à ces techniques.

D'abord, la révision de la Constitution du 23 juillet 2008 donne plus de temps de parole et de moyens d'action à l'opposition, qui peut donc trouver un terrain d'expression sans avoir recours à l'obstruction : selon l'article 48, alinéa 5 de la Constitution, les groupes d'opposition et groupes minoritaires peuvent fixer l'ordre du jour d'un jour de séance par mois ; selon les règlements des assemblées ils peuvent poser la moitié des questions au Gouvernement et des questions à un ministre (article 133 RAN). L'opposition n'est donc plus obligée d'avoir recours à l'obstruction pour pouvoir s'exprimer en séance.

Surtout, l'Assemblée nationale, par la modification de son règlement du 27 mai 2009, a considérablement limité la technique de l'obstruction. Rendu possible par la loi organique du 15 avril 2009, le « temps législatif programmé » a été institué par l'article 49 du règlement : la Conférence des présidents peut désormais fixer un temps de discussion global pour l'ensemble d'un texte, et non plus seulement pour la discussion générale, comme c'est encore le cas au Sénat, sauf si les délais fixés à l'article 42 de la Constitution ne sont pas respectés et sur certains projets de loi. Ce temps législatif programmé n'est pas fixé en fonction du nombre d'amendements déposés ; par conséquent un groupe ne peut plus déposer une multitude d'amendements pour avoir un temps de parole accru. L'article 55 du Règlement dispose explicitement que si un groupe a épuisé son temps de parole, tout amendement d'un député appartenant à ce groupe est mis aux voix sans débat.

Le temps législatif programmé limite également le recours aux autres techniques d'obstruction : par exemple, selon l'article 49, alinéa 8 du Règlement, les rappels au Règlement sont décomptés de ce temps lorsque le Président considère qu'ils ne sont pas justifiés, et les suspensions de séance sont également décomptées. La seule manière, pour un groupe qui voudrait retarder les débats, de parler un temps supplémentaire est de demander une explication de vote de cinq minutes par député, mais cette demande peut être rejetée par le Président.

Enfin, l'article 91 du Règlement limite le recours aux motions de procédure : l'exception d'irrecevabilité et la question préalable ont été fusionnées en une seule motion de rejet préalable, et cette motion, tout comme la motion de renvoi à la commission saisie au fond, ne peut être présentée qu'une seule fois par texte ; le temps de parole associé est donc limité.

Ces techniques de limitation de l'obstruction n'ont pas été adoptées par le Sénat, où l'obstruction n'est pas aussi fréquente et importante qu'à l'Assemblée nationale.

La technique de l'obstruction rendue possible par certaines dispositions des Règlements des assemblées parlementaires et de la Constitution, a été considérablement limitée à l'Assemblée nationale. Même lorsqu'elle est encore possible, la Constitution et les Règlements des assemblées parlementaires permettent toujours au Gouvernement de la contourner.

Pour contourner l'obstruction, le Gouvernement peut, sauf sur les projets de loi mentionnés à l'article 42 de la Constitution, tout mettre en œuvre pour que le temps législatif programmé s'applique à l'Assemblée nationale ; sur tous les textes, il peut toujours contourner l'obstruction grâce aux dispositions de la Constitution.

A l'Assemblée nationale, le Gouvernement peut contourner l'obstruction en favorisant le recours au temps législatif programmé. En effet, la décision de mettre en œuvre le temps législatif programmé appartient à la Conférence des présidents, mais

l'alinéa 11 de l'article 49 du Règlement dispose que tout président de groupe peut s'opposer à cette mise en œuvre si la discussion du texte en première lecture intervient moins de six semaines après son dépôt au moins de quatre semaines après sa transmission. Selon l'article 42 de la Constitution, ce cas correspond à l'engagement de la procédure accélérée prévue à l'article 45, dont la décision revient au Gouvernement.

Le Gouvernement s'il souhaite limiter l'obstruction grâce au temps législatif programmé, doit donc veiller à ne pas engager la procédure accélérée prévue à l'article 45 de la constitution, sinon le président du groupe d'opposition risque de s'y opposer. La Conférence des présidents étant souvent favorable au temps législatif programmé, qui permet de mieux planifier les débats, la décision revient au Gouvernement dans la plupart des cas : c'est à lui de réaliser l'arbitrage entre procédure accélérée et risque d'obstruction d'une part, et respect des délais de l'article 42 de la Constitution et limitation de l'obstruction d'autre part.

Par ailleurs, sur tous les textes, y compris ceux pour lesquels le temps législatif programmé ne peut être mis en œuvre en vertu de la loi organique du 15 avril 2009 (projets de loi de finances, de financement de la sécurité sociale, et relatifs aux états de crise), le Gouvernement peut toujours contourner l'obstruction en mettant en œuvre les procédures prévues aux articles 44, alinéa 3 et 49, alinéa 3 de la Constitution.

L'article 44, alinéa 3 de la Constitution vise précisément les cas où les débats sont rendus difficiles par le dépôt de trop nombreux amendements : il permet au Gouvernement de demander à l'assemblée saisie de se prononcer par un seul vote sur tout ou partie du texte en discussion en ne retenant que les amendements qu'il a proposés ou acceptés. Il peut être mis en œuvre sur tout texte ; il peut donc être utilisé en cas d'obstruction résultant d'un trop grand nombre d'amendements de l'opposition au Sénat ou à l'Assemblée nationale lorsque le temps législatif programmé n'a pu être mis en œuvre. Cet instrument permet au Gouvernement de contourner la majorité des cas d'obstruction.

Enfin, il est toujours possible au Gouvernement d'utiliser l'article 49, alinéa 3 de la Constitution. Bien qu'il ait été créé pour permettre au Gouvernement de faire face à un défaut de majorité à l'Assemblée nationale, cet article a souvent été utilisé à d'autres fins, et notamment pour contourner l'obstruction. En effet, l'article 44, alinéa 3 ne permet de contourner l'obstruction que si elle résulte du dépôt de trop nombreux amendements qu'il faut discuter un à un, mais il ne permet pas d'empêcher les parlementaires de déposer des motions, questions ou exceptions, de demander des explications de vote, des rappels au Règlement ou des suspensions de séance. L'accumulation sur un même texte de tous ces outils pouvant considérablement ralentir les débats, le Gouvernement, sur des textes importants et dont il souhaite une adoption rapide, peut mettre en œuvre la procédure prévue à l'article 49, alinéa 3, c'est-à-dire obtenir l'approbation du texte sans aucun vote, en quarante-huit heures, si aucune motion de censure n'est adoptée. Le recours à cette procédure a été limité par la révision de la Constitution du 23 juillet 2008 aux projets de loi de finances, de financement de la sécurité sociale et un autre texte par session, mais il résulte de ces dispositions que le Gouvernement peut toujours contourner ainsi l'obstruction jusqu'à trois fois par session ordinaire.

La Constitution permet ainsi au Gouvernement de toujours avoir la possibilité de contourner l'obstruction.

Si certaines dispositions de la Constitution et des Règlements des assemblées parlementaires ont été utilisées par l'opposition parlementaires à des fins d'obstruction, la Constitution et les Règlements des assemblées parlementaires, dans un souci d'efficacité des débats et de meilleure organisation du travail législatif, ont prévu des mécanismes pour limiter l'obstruction et pour permettre au Gouvernement de toujours pouvoir le contourner.



## DROIT parlementaire

(durée : 3 heures)

### Sujet : « L'obstruction et les dispositions de la Constitution et des Règlements des assemblées parlementaires »

Copie B

Note : 15/20

Le comité de réflexion et de proposition pour la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>ème</sup> république dénonçait dans son rapport une dérive du droit d'amendement. L'exercice par les parlementaires de ce droit qui leur est reconnu par la Constitution de 1958 en son article 44 et qui est organisé par les Règlements des Assemblées parlementaires s'apparenterait parfois à une pratique d'obstruction. Celle-ci peut être définie comme le détournement d'une procédure, visant à retarder l'adoption d'un texte. En entravant le bon déroulement de la procédure législative, l'obstruction peut être considérée comme contraire à l'esprit de l'article 24 de la Constitution qui dispose que « le Parlement vote la loi ». Il est donc possible de se demander comment est-il envisageable de lutter contre l'obstruction contraire à l'esprit du texte constitutionnel sans restreindre les droits des parlementaires reconnus par la Constitution et les Règlements des assemblées parlementaires.

Certaines dispositions de la Constitution et des règlements des assemblées parlementaires ont été utilisées par les parlementaires pour s'opposer à l'adoption de certaines lois en utilisant l'obstruction, entraînant en réaction l'utilisation par le Gouvernement de techniques de contournement des Assemblées (I). La réforme constitutionnelle de 2008 et la modification des règlements des Assemblées parlementaires introduisent des dispositions permettant de lutter contre l'obstruction tout en garantissant les droits des parlementaires, et notamment des partis d'opposition (II)

\* \*  
\*

Les dispositions de la Constitution de 1958 et les règlements des assemblées parlementaires accordent des droits aux parlementaires et au Gouvernement qui ont pu être détournés pour ralentir le processus délibératif ou pour le contourner.

La constitution de 1958 a mis en œuvre ce qu'il convient d'appeler le « parlementarisme rationalisé ».

Les droits des parlementaires étant particulièrement réduits par rapport aux régimes précédents, les députés et sénateurs les ont parfois utilisés afin de faire valoir leur droit de parole même si cela avait pour effet de ralentir considérablement la procédure législative. Il s'agit essentiellement du droit d'amendement et de celui de déposer une motion de procédure.

Le droit d'amendement est garanti par la constitution qui dispose en son article 44 que « les membres du Parlement [...] ont le droit d'amendement. L'exercice de ce droit a pour corollaire de donner droit à la parole au député qui l'a déposé afin qu'il puisse le défendre (article 95 du Règlement de l'Assemblée nationale). Ce droit est potentiellement illimité – sous la réserve des irrecevabilités énoncées aux articles 40 et 41 de la Constitution – puisque l'article 45 dispose que « tout amendement est recevable en

première lecture, dès lors qu'il présente un lien, même indirect avec le texte déposé ou transmis ». En outre, l'irrecevabilité financière n'étant pas relevée au moment du dépôt de l'amendement au sénat, cela accroît encore le champ des amendements susceptibles d'être déposés. L'obstruction intervient quand les amendements déposés en nombre, n'ont pas pour objet d'améliorer la qualité du texte examiné, mais d'allonger la durée de son examen.

Il en va de même s'agissant des motions d'irrecevabilité et de celles touchant à l'opportunité du texte. Ces dispositions sont prévues par le Règlement de l'Assemblée nationale, mais, donnant droit à l'intervention de l'un des signataires de la motion pour une durée maximale de trente minutes ainsi qu'à l'intervention pour deux minutes d'un orateur par groupe (article 91 du Règlement de l'Assemblée dans sa version antérieure à celle du 27 mai 2009), elles peuvent être utilisées à des fins d'obstruction. C'est également le cas des rappels au règlement – qui ont en outre toujours priorité sur la question principale.

\*

Afin de lutter contre l'obstruction, le Gouvernement dispose de certaines prérogatives qu'il tient de la Constitution. Cela n'étant pas nécessairement efficace, il utilise de plus d'autres dispositions, qui n'avaient pourtant pas été prévues à cet effet.

L'article 44 alinéa 2 de la Constitution dispose qu'« après l'ouverture des débats, le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la Commission ».

Cette disposition permet au Gouvernement de lutter contre l'obstruction tardive qui consiste à déposer des amendements en nombre juste avant la séance. Le Gouvernement n'invoque pas cet article de manière régulière mais il lui arrive d'y recourir comme en 2003 au sénat à l'occasion de l'examen du projet de loi portant réforme des retraites. L'article 44 alinéa 3 dit du « vote bloqué » peut permettre au Gouvernement de « demander à l'assemblée saisie de se prononce[r] par un seul vote (...) en ne retenant que les amendements acceptés par le Gouvernement ». Il ne représente pas une manière de lutter contre l'obstruction car il n'a pas pour effet de suspendre la discussion.

En réaction à la croissance du nombre d'amendements déposés (20 000 en 2008-2009), le Gouvernement a eu de plus en plus recours à la procédure accélérée prévue par l'article 45 de la Constitution. Cette procédure présente deux avantages : elle limite l'examen à une lecture par Assemblée, ce qui diminue le nombre d'amendements potentiellement déposés, avant la convocation d'une commission mixte paritaire. En outre, à l'issue de la commission, seul le Gouvernement est autorisé à déposer des amendements. Les dispositions de l'article 45 avaient pourtant pour but de proposer une solution rapide pour les situations d'urgence, et n'avaient pas vocation à être invoquées de manière habituelle. De même, l'engagement de la responsabilité du Gouvernement sur un texte (article 49 alinéa 3) permet au Gouvernement de suspendre une fois par session pour les lois ordinaires depuis 2008, la discussion d'un texte et donc des amendements pour 24 heures. Si aucune motion de censure n'est déposée dans ce délai ou si elle est déposée mais non votée, le projet est considéré comme adopté. Cet alinéa avait pour but d'asseoir la stabilité des Gouvernements disposant d'une majorité fragile mais a par exemple été utilisé en 2005 pour le projet de loi sur l'égalité des chances dans le but de lutter contre l'obstruction des députés de l'opposition.

\* \*  
\*

Face à la persistance de l'obstruction pratiquée par les députés de l'opposition, la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la réforme du règlement du 27 mai 2009 ont introduit dans le droit positif des dispositions visant à lutter plus efficacement contre les détournements de procédure, tout en protégeant et renforçant les droits des parlementaires.

Le règlement de l'Assemblée Nationale a introduit deux nouvelles procédures qui devraient permettre de lutter contre l'obstruction

Il prévoit désormais en son article 49 que « la conférence des présidents peut fixer la durée maximale de l'examen de l'ensemble d'un texte ». Cette procédure dite du « temps législatif programmé » permet que toutes les interventions des députés – sous certaines réserves – soient décomptées du temps accordé à chaque groupe. Il est également prévu que le temps consacré aux rappels au règlement (article 58 du Règlement) soit décompté » dès lors que le Président considère qu'elles n'ont manifestement aucun rapport avec le règlement ou le déroulement de la séance. Est également décompté le temps consacré aux suspensions de séance ». Lorsque le temps accordé à un groupe est écoulé, les amendements déposés par ses parlementaires sont mis aux votes sans que leur auteur ne puisse les défendre.

En outre, cela permet de résoudre le problème des obstructions répétitives - mais de courte durée que sont les rappels au règlement et les suspensions de séance. Concernant le dépôt des amendements, l'article 86 du règlement introduit, en plus de ceux qui existaient avant l'examen en séance publique, des délais de dépôt – 17 heures le 3<sup>ème</sup> jour ouvrable – avant l'examen en commission.

Le règlement a enfin procédé à la fusion des motions d'irrecevabilité et de question préalable. Ainsi l'article 91 dispose qu'il ne peut « être mis en discussion et aux voix qu'une seule motion de rejet préalable. »

\*

La constitution et le règlement des Assemblées parlementaires ont procédé à ces réponses dans le strict respect des prérogatives reconnues aux parlementaires. Ils ont même été plus loin en constitutionnalisant un statut de l'opposition et en reconnaissant aux membres des partis de l'opposition certains droits, rendant pour ces derniers le recours à l'obstruction moins nécessaire.

Le temps législatif programmé est une procédure encadrée, afin que, permettant de lutter contre l'obstruction, elle n'entraîne une diminution du droit d'amendement. Ainsi, l'article 49 dispose qu'un « temps minimum - fixé à 30 heures – est attribué à chaque groupe ». Le temps supplémentaire est accordé à 60 % aux groupes d'opposition ». En outre, dans la limite d'une heure les interventions des présidents de groupe ne sont pas décomptées. Par ailleurs, une fois par session, le temps minimum peut être porté à 50 heures. Enfin le temps législatif programmé ne s'applique pas si le texte examiné a été déposé avant que ne soit écoulé un délai de 6 semaines (ou 4 en cas de transmission) et les parlementaires disposent d'un temps supplémentaire si le Gouvernement ou la commission saisie au fond ont déposé un amendement après les délais opposables aux parlementaires.

La lutte contre l'obstruction prévue par le Règlement ne contrevient donc pas aux droits reconnus aux parlementaires par la Constitution, ce qui confirme la décision du Conseil constitutionnel du 25 juin 2009. Mais la constitution permet de lutter contre le souhait même de recourir à l'obstruction en accordant à l'opposition un statut dans le cadre « des groupes parlementaires d'opposition » prévu à l'article 51-1. Ce statut prévoit des droits spécifiques notamment de parole. Il permet également à ces groupes de fixer l'ordre du jour d'une séance par mois article 48 - avec au minimum une séance par groupe par session. Il est donc possible d'affirmer qu'en leur accordant plus de droits, le

constituant à chercher à responsabiliser les groupes et ainsi à lutter de manière préventive, contre l'obstruction.

\* \*  
\*

Sans que ce substantif ne soit écrit dans la Constitution ou les Règlements des assemblées parlementaires, de nombreuses dispositions permettent, en accordant des droits et des prérogatives aux parlementaires de pratiquer l'obstruction, et ainsi de ralentir le processus législatif. Mais d'autres dispositions, que ce soit leur but initial ou qu'elles aient fait l'objet d'une pratique différente de celle qu'envisageait le constituant de 1958, dotent le Gouvernement de prérogatives permettant de lutter contre l'obstruction. La révision constitutionnelle de 2008 et la réforme du règlement de l'Assemblée nationale créent de nouveaux dispositifs permettant de limiter l'obstruction mais surtout, ils institutionnalisent un statut de l'opposition en l'assortissant d'un ensemble de droit ce qui pourrait permettre de prévenir le recours à l'obstruction.

## DROIT parlementaire

(durée : 3 heures)

### Sujet : « L'obstruction et les dispositions de la Constitution et des Règlements des assemblées parlementaires »

Copie C

Note : 15/20

En présentant l'innovation majeure que constitue la mise en place du temps législatif programmé dans le règlement de l'assemblée nationale (RAN 49 et 55), le président Accoyer disait que « le temps ne serait plus un enjeu ».

En effet, la pratique de l'obstruction, « filibustering » en anglais, rendu notamment célèbre par le film « Mister Smith goes to Washington », consiste à retarder la discussion et le vote d'un texte en utilisant tous les procédés mis à la disposition des parlementaires pour interrompre la discussion ou la faire durer le plus longtemps possible (demandes de suspension de séances, motions de procédure, vérification du quorum, dépôt massif d'amendements, etc...).

L'obstruction conduit parfois les orateurs à s'écarter de l'objet principal du débat et est accusée de donner une mauvaise image du parlement ainsi que de retarder inutilement le vote de textes qui seront, in fine, adoptés. En janvier 2009, la diffusion d'un clip sur l'obstruction pour le groupe UMP (avec l'image d'un parlementaire de l'opposition parlant du canard Saturnin...) et la réponse apportée par le groupe socialistes, radicaux et citoyens (SRC) dénommée « notre droit d'amendement est votre liberté d'expression » prouve l'intensité des débats qui précédèrent la résolution du 27 mai 2009.

Néanmoins, si cette réforme reste de pratique récente, les nouveaux outils qu'elle a mis en place pour limiter l'obstruction, ainsi que leur utilisation par la majorité et le gouvernement, suscite aujourd'hui des interrogations qui dépassent les clivages politiques quant aux possibilités d'expression des députés et au risque d'un affaiblissement des débats.

Ainsi, si la pratique de l'obstruction s'est développée avec excès au cours des dernières décennies, elle s'est trouvée fortement encadrée par les nouveaux outils mis en place par la réforme du règlement de mai 2009 (I).

Cependant, ces nouveaux outils et les pratiques qui en résultent, notamment de la part du gouvernement, suscitent de nouvelles interrogations et devrait certainement faire l'objet d'un meilleur équilibre (II).

\*

\* \*

Perçu comme l'un des seuls outils dont disposait l'opposition pour s'exprimer face au gouvernement dans le processus législatif, l'obstruction s'est fortement développée au risque de donner parfois une image caricaturale du débat parlementaire et sans d'ailleurs prouver son efficacité.

Si le droit d'amendement et les moyens classiques d'obstruction résistaient aux outils traditionnels de la Constitution, leur utilisation exponentielle a été un des éléments modifiés par la réforme du 23 juillet 2008, dans le sens d'un encadrement plus strict.

Le droit d'amendement défini aux articles 39 et 44 de la Constitution est considéré par le Conseil Constitutionnel comme étant le « corollaire de l'initiative parlementaire » mais son utilisation a été exponentielle depuis la première législature (4 500 amendements pour l'ensemble) jusqu'à la treizième (248 000 amendements, dont 136 000 uniquement déposés sur le projet de loi sur l'énergie). La photo du président Debré entre deux piles d'amendements en est resté une illustration frappante.

Malgré les limites imposés par l'article 45 de la Constitution (un amendement doit avoir un lien, même indirect, avec le projet en discussion en première lecture) et par le Conseil constitutionnel qui a validé « le principe de l'entonnoir » dans une décision de 2001 « statut des magistrats » en exigeant un lien direct avec les articles restant en discussion après la première lecture, le droit d'amendement ayant pour but l'obstruction est resté très utilisé par l'opposition. En outre, si le droit d'amendement est l'instrument principal de l'opposition parlementaire, il pouvait se combiner avec d'autres dispositifs comme la défense de motions de procédure (rejet préalable, renvoi en commission ou motion référendaire) dont la présentation ne faisait pas, jusqu'en 2009, l'objet d'une limitation temporelle (Christine Boutin détient le record de parole avec cinq heures et demi lors du vote du pacte civil de solidarité) ; ou encore la demande par un président de groupe de suspensions de séance ou de vérification du quorum.

\*

Face à l'insuffisance des moyens permettant de contrer l'obstruction, hors utilisation de l'engagement de responsabilités du gouvernement sur le vote d'un texte (article 49-3 de la Constitution), la réforme constitutionnelle et celle du règlement ont permis un encadrement beaucoup plus strict de ces moyens d'obstruction.

En effet, les outils traditionnels du gouvernement, la possibilité de refuser un amendement qui n'aurait pas été soumis à la commission dans les délais prévus (selon l'article 44 alinéa 2 de la Constitution) ou le recours au vote bloqué (44-3 de la Constitution) n'étaient pas systématiquement utilisés et ne permettaient pas de faire échec à la discussion des amendements mais simplement à leur vote. Le seul moyen efficace d'interrompre la discussion était alors le recours à l'article 49-3 qui permettait d'interrompre la discussion et de s'assurer, en principe, le soutien de sa majorité. Il convient cependant de souligner que l'utilisation du 49-3 était très variable selon les gouvernements et que le gouvernement Jospin (1997-2002) n'y a même jamais recouru. Avec la réforme constitutionnelle et la limitation du 49-3 à une seule utilisation par session, hors loi de finances et de financement de la sécurité sociale, il est cependant apparu préférable à la majorité de limiter les possibilités d'obstruction en encadrant les temps de parole et en instaurant un dispositif particulier de temps législatif programmé.

En conséquence, les temps de parole ont été réduits de 5 à 2 minutes pour la discussion des articles et des amendements (article 95 du RAN), ce temps pouvant encore être amoindri si le président estime l'assemblée suffisamment informé (54-5 du RAN). En outre, il ne peut plus être défendu qu'une seule motion de procédure dont la durée est désormais limitée à trente minutes (article 91-5 du RAN). De la même manière, la vérification du quorum suppose désormais que la majorité des membres d'un groupe qui en fait la demande soient présents dans l'hémicycle et que cette demande soit formulée en personne par le président du groupe (61 RAN).

Mais c'est surtout l'instauration du temps législatif programmé prévu aux articles 49 et 55 du règlement qui constitue l'arme la plus efficace pour lutter contre l'obstruction. En effet, la conférence des présidents peut ainsi décider de fixer la durée maximale d'examen d'un texte (en général trente heures), répartie entre les groupes à raison de 60 pour 100 du temps pour les groupes d'opposition. A l'issue de ce temps programmé, et lorsqu'un groupe a utilisé tout son temps, il ne peut plus présenter oralement ses amendements qui sont alors mis aux voix sans discussion. L'obstruction est alors impossible, notamment car

les demandes de suspension de séance, de scrutin public (sauf si celui-ci concerne le vote sur l'ensemble du texte) et même les rappels au règlement infondés sont alors déduits du temps de parole du groupe qui en fait la demande. Dès lors, l'opposition a dénoncé l'instauration d'un « temps guillotine » qui ne servirait qu'à l'empêcher de s'exprimer. Toutefois, elle dispose de certaines prérogatives pour limiter les effets du temps législatif programmé. Ainsi, le président d'un groupe peut demander, une fois par session, que ce temps soit allongé à cinquante heures s'il estime l'enjeu important. En outre, la conférence des présidents peut toujours allonger le temps prévu pour l'examen du texte. Enfin, le président d'un groupe peut s'opposer à ce que le temps législatif programmé soit appliqué sur un texte lorsque ce texte n'a pu bénéficier des six semaines d'examen prévues par le nouvel article 42 de la Constitution (c'est-à-dire en cas d'application de la procédure accélérée prévue à l'article 45) et son temps de parole personnel n'est pas décompté dans la limite d'une heure si le délai prévu pour l'examen d'un texte est égal à quarante heures au plus ou deux heures au-delà. Au final, chaque député peut aussi demander, avant le vote sur l'ensemble d'un texte, à donner une explication de vote personnel limitée à cinq minutes si le temps programmé s'applique, en vertu de l'article 49-13 du règlement de l'assemblée.

Ainsi, à travers la limitation des temps de parole, leur réduction et l'instauration d'un temps programmé, qui n'est pas systématique cependant, les possibilités d'obstruction sont étroitement limitées. Présentées par certains comme des avancées majeures, à l'exemple de ce qui se pratique en Allemagne ou au parlement européen, ces réformes posent néanmoins certaines questions. Dans sa décision du 9 avril 2009 relative à la loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, le Conseil Constitutionnel a certes admis ces innovations mais demande à ce que soit respecté l'exigence de « sincérité et de clarté des débats », à laquelle le président de séance doit veiller. En effet, si la réforme est récente, la pratique semble avoir réduit les possibilités de débat et d'expression au parlement et instauré quelques déséquilibres.

\* \*

Les nouveaux outils mis en place ont limité les possibilités d'obstruction mais également instauré quelques déséquilibres au détriment de la puissance délibérante qu'est le parlement, posant la question de la pratique politique.

Si la réforme a veillé à ce que l'opposition dispose de nouveaux droits, elle souffre de quelques déséquilibres qui suscitent des critiques partagées par différents groupes politiques.

Parmi les déséquilibres évoquées, la première réserve est que le Sénat ne soit pas visé par la réforme du temps législatif programmé et dispose ainsi encore, même si ce n'est pas dans sa tradition, d'une possibilité d'obstruction là où la chambre élue au suffrage universel n'en a plus. Par ailleurs, le temps programmé avait été mis en balance avec les nouveaux délais d'examen fixés par l'article 42 de la constitution qui déplaçaient, selon Jean Gickel, « le lien de la discussion de la séance publique vers la commission ». Or, la pratique gouvernementale a été de recourir plus fréquemment à la procédure accélérée (65 % des textes depuis le début de la législature dont des textes importants comme celui sur l'autonomie des universités) et donc de ne pas respecter le temps de la délibération, nécessaire à l'efficacité des assemblées parlementaires.

Enfin, la pratique montre un recours accru à la combinaison entre l'article 44-3 de la constitution (vote bloqué – article 96 du RAN) et à la réserve de vote (95 du RAN) qui est de droit à la demande du gouvernement, ce qui a pour effet de dissocier la discussion du vote (ainsi que le permet également le recours au vote solennel prévu par l'article 65-1 du RAN). Dès lors, même lorsque la procédure du temps programmé n'est pas appliqué, l'opposition peut se trouver en situation de défendre des amendements sans pouvoir

débattre faute de contradicteurs présents (certains ont pu y voir une prime à l'absentéisme des députés).

Ainsi, en limitant les possibilités d'obstruction, soit au moment de l'examen en séance soit sur le recours au temps législatif programmé, le règlement peut parfois limiter les incitations à débattre et les possibilités de discussion entre groupes politiques. En effet, dans le cas de l'application du temps programmé, les groupes politiques répartissent ce temps comme ils l'entendent et sont donc portés à le concentrer sur la discussion générale plutôt que sur l'examen des articles ou des amendements, à l'inverse de ce qu'était la pratique avant la révision constitutionnelle.

En outre, le resserrement des exigences de dépôt des amendements (trois jours ouvrables avant la date de la discussion – article 99 du RAN) rend plus difficile leur dépôt après le rapport de la commission (il ne reste que quatre jours et même moins si le texte n'a pas bénéficié de six semaines d'examen).

Il y a donc eu une rationalisation des temps de parole qui s'est accompagné de nouveaux dispositifs et de nouvelles procédures pour faire échec à l'obstruction. Les déséquilibres évoqués peuvent alors se résorber par de nouvelles pratiques politiques.

\*

L'encadrement des possibilités d'obstruction peut nécessiter de meilleures formes de dialogue entre gouvernement, majorité et opposition afin de respecter les possibilités de dialogue au sein du parlement.

Ainsi, l'obstruction pouvait permettre, certaines fois, de pousser le ministre ou le rapporteur (dont le temps de parole n'est pas limité aujourd'hui en cas de temps programmé) à utiliser leur droit de parole pour rentrer dans un dialogue plus approfondi avec les membres de l'opposition présents, voire à créer certains « moments de vérité » qui semblent moins probables aujourd'hui.

L'obstruction pouvait également donner le temps nécessaire à l'opposition pour alerter les medias et l'opinion publique et confronter ainsi le gouvernement avec l'ensemble de la population.

Il semble néanmoins possible de concilier le temps de débat et l'encadrement des possibilités d'obstruction si les recours du gouvernement à la réserve de vote et à la procédure accélérée se font moins fréquents. Cela dépend de la volonté politique et ne peut être réglé uniquement à travers le règlement ou les dispositions constitutionnelles.

\* \*

\*

Si l'obstruction parlementaire s'est fortement développée, toutes tendances confondues, c'est qu'elle apparaissait comme l'unique moyen des parlementaires d'opposition pour marquer leur désaccord. Avec la réforme constitutionnelle, l'opposition dispose de nouveaux droits qui lui sont propres mais perd ses facultés de retarder ou d'empêcher le débat. Si cela ne change rien sur l'issue des textes, il importe cependant, comme le rappelle le Conseil Constitutionnel, que les nouveaux outils n'empêchent pas le dialogue d'avoir lieu entre les groupes politiques, faute de quoi seraient remises en cause la capacité du parlement à collaborer dans l'élaboration de la loi et les possibilités pour l'opposition de s'exprimer au sein des instances parlementaires. L'exercice de ces missions ne saurait néanmoins tenir juste

## DROIT parlementaire

(durée : 3 heures)

### Sujet : « L'obstruction et les dispositions de la Constitution et des Règlements des assemblées parlementaires »

Copie D

Note : 15/20

#### L'obstruction et les dispositions de la Constitution et des règlements des assemblées parlementaires

Le terme d'obstruction, également connu sous le nom de « filibustage », est utilisé pour la première fois aux Etats-Unis, en 1953, pour qualifier l'action du sénateur Wayne Morse. Le Président du Sénat ne pouvant pas lui couper la parole, le sénateur Morse entreprit de lire l'annuaire téléphonique pendant plus de vingt-deux heures, afin de retarder l'adoption d'une loi pétrolière.

L'obstruction parlementaire, qui vise à retarder ou empêcher l'adoption d'un texte de loi, emprunte donc des chemins détournés et exploite les dispositions constitutionnelles et réglementaires à son avantage. À ce titre, elle relève généralement de l'opposition. La question est donc de savoir si l'obstruction est une activité nuisible au travail parlementaire, ou bien au contraire si elle peut constituer un droit de l'opposition qu'il convient de protéger.

L'obstruction parlementaire, liée au détournement de la lettre initiale de la Constitution et des règlements des assemblées, semble nuire à la qualité du travail parlementaire (I). Toutefois, la rationalisation dont elle fait l'objet en vertu des textes constitutionnels et réglementaires pourrait porter une atteinte excessive aux pouvoirs parlementaires et à la démocratie parlementaire dans son ensemble (II).

\*

L'obstruction parlementaire, qui découle du détournement des textes constitutionnels et réglementaires (A) semble nuire au travail parlementaire (B).

L'obstruction parlementaire s'analyse comme un usage détourné de diverses dispositions de la Constitution comme des règlements des assemblées.

Le texte constitutionnel offre en effet plusieurs moyens d'obstruction, d'ailleurs largement utilisés. En premier lieu, l'article 44 de la Constitution de 1958 reconnaît aux représentants de la Nation, comme au gouvernement, le droit d'amendement. Celui-ci, dans son usage normal, doit permettre à tous les parlementaires pris individuellement d'apporter leur contribution à un projet ou une proposition de loi. Le droit d'amendement constitue ainsi la principale forme d'initiative parlementaire. Néanmoins, il constitue également la principale forme d'obstruction. En effet, sous réserve de sa recevabilité financière, législative et procédurale, le droit d'amendement est illimité quantitativement et peut constituer un moyen efficace d'obstruction, chaque amendement pouvant alors être débattu en séance. Le Gouvernement Raffarin a ainsi dû faire face, en 2003, à plusieurs milliers d'amendements sur le projet de loi relatif aux conseillers généraux et régionaux. Outre le droit d'amendement, la Constitution, dans son article 49, alinéa 2, permet le dépôt d'une motion de censure, susceptible de ralentir les débats. Pouvant être déposée par un dixième des membres de l'Assemblée Nationale, cette disposition est souvent utilisée par l'opposition, non pour renverser le Gouvernement, mais pour perturber le déroulement du

calendrier parlementaire. Enfin, les articles 54 et 61 de la Constitution, en permettant à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel, sont un dernier moyen d'empêcher l'adoption de la loi. L'article 129 du Règlement de l'Assemblée Nationale (RAN) prévoit ainsi que la saisine du Conseil constitutionnel d'un projet de loi d'autorisation de ratification ou d'approbation suspend la procédure.

Outre ces procédures largement utilisées par les membres de l'opposition, les règlements des assemblées fournissent également de nombreux moyens d'obstruction. Certains concernent la séance, tandis que d'autres portent sur le vote lui-même. Tout d'abord, les règlements des assemblées permettent le dépôt de motions de procédure qui peuvent mettre un terme précoce au débat, comme ce fut le cas en 1954, lors du rejet par question préalable du projet de communauté européenne de défense. L'article 91 du RAN permet ainsi le vote de motion de rejet préalable et de renvoi en commission. L'article 44 du Règlement du Sénat (RS) prévoit en outre une motion incidente ou préjudicielle qui aboutit, si elle est votée, au rejet du texte. Toutefois, ce n'est pas tant la perspective de rejet du texte qui en fait un moyen d'obstruction que la discussion, parfois longue, qu'elle provoque à la demande de l'opposition parlementaire. Outre l'usage des motions de procédure, les demandes de suspension de séance émanant des Présidents de groupe à fins de réunion, mais aussi les rappels au Règlement pouvant être effectués par tout parlementaire individuellement, sont des moyens privilégiés d'obstruction. Mais l'obstruction peut aussi porter plus précisément sur le vote. Ainsi, la demande de vérification de quorum ou de scrutin public émanant des Présidents de groupe notamment, peuvent repousser le vote, de même que la demande de seconde délibération. Enfin, le fait que les assemblées soient supposées toujours en nombre pour délibérer et voter peut conduire à détourner le sens du vote. C'est ainsi que les députés de l'opposition ont pu, en avril 2009, surgir de derrière les rideaux de l'Assemblée nationale afin de faire échec à la loi HADOPI. De nombreuses procédures, tant constitutionnelles que réglementaires, permettent donc à l'opposition de retarder considérablement l'adoption d'un texte de loi et de gêner les débats.

Ce détournement de procédures initialement prévues pour assurer la qualité du travail parlementaire ne semble pas compatible avec la sérénité des débats.

En premier lieu, l'obstruction parlementaire porte atteinte à la qualité des débats parlementaires en favorisant l'apparition de discussions potentiellement lentes et répétitives. C'est notamment le cas quand les amendements d'obstruction sont pratiquement identiques et ne varient que d'un chiffre ou d'un mot, comme en 2005, où les quelques 14 000 amendements au projet de loi relatif à la Banque Postale ne différaient que par le nom de la commune. Outre le caractère répétitif des argumentaires et le temps perdu par la défense, en séance, des amendements, l'obstruction engendre une multiplication des séances de nuit, des séances supplémentaires et des sessions extraordinaires qui désorganisent le débat parlementaire et participent de l'inflation législative.

Mais l'obstruction apparaît d'autant plus dommageable qu'elle ne permet pas à l'opposition de faire valoir utilement ses vues. Elle peut même avoir des effets contraires à ceux initialement prévus. Ainsi, l'échec de l'initiative parlementaire sur le PACS, dû au discours fleuve de Christine Boutin lors d'une motion de procédure, a permis au Gouvernement Jospin de s'emparer du dossier et d'utiliser les moyens à sa disposition pour le faire aboutir. L'obstruction de Christine Boutin a donc paradoxalement assuré le succès du PACS. De la même façon, le rejet du texte relatif aux organismes génétiquement modifiés en 2008 par motion de rejet préalable n'a pas conduit à l'arrêt de la procédure, puisque le Gouvernement a pu convoquer une commission mixte paritaire. Ainsi, l'obstruction, en plus de nuire considérablement à la cohérence des débats parlementaires, ne permet pas réellement à l'opposition de faire aboutir ses initiatives. Ce caractère apparemment néfaste de l'obstruction justifie que la Constitution comme les règlements des assemblées, offrent au Gouvernement les moyens d'y faire face.

\*

S'il est appréciable que le Gouvernement dispose de moyens reconnus par les textes constitutionnels et réglementaires de faire face à l'obstruction (A), une rationalisation excessive des moyens d'obstruction pourrait porter atteinte à la démocratie parlementaire (B).

Le Gouvernement dispose des outils classiques du parlementarisme rationalisé pour faire échec à toute tentative d'obstruction, mais ceux-ci ont été considérablement enrichis par la révision constitutionnelle et la réforme des règlements.

Le Gouvernement peut en effet utiliser à bon escient les dispositions du parlementarisme rationalisé pour contrer toute tentative d'obstruction. L'article 49, alinéa 3 de la Constitution, qualifié de « grosse Bertha » du droit parlementaire par le Professeur Gicquel, lui permet en effet de faire adopter un texte de loi sans débat ni vote dès lors qu'il dispose de la majorité à l'Assemblée nationale. Cet article, qui devait initialement permettre de revivifier des majorités affaiblies, a été utilisé, depuis les années 1990, comme un moyen efficace de contrer le dépôt massif d'amendement, notamment par le Gouvernement Juppé, en 1995, sur la réforme de la Sécurité Sociale. Le vote bloqué prévu par l'article 44, alinéa 3 de la Constitution, peut également revêtir un certain intérêt dans ce cadre, en préservant le texte du Gouvernement ; mais il est impuissant face au caractère chronophage des débats qui sont maintenus sur les amendements du Gouvernement. L'alinéa 2 du même article permet lui de faire obstacle à des amendements déposés intentionnellement à la dernière minute pour bénéficier d'un effet de surprise. Il a ainsi permis le retrait d'environ 3 000 amendements au projet de révision de la loi Falloux en 1993. Plus généralement, les règles de recevabilité des amendements peuvent revêtir un certain intérêt. C'est ainsi que l'article 41 de la Constitution a pu être opposé par le Gouvernement aux amendements sur le projet de loi relatif à la Banque Postale en 2005. L'utilisation de la réserve de vote et de la faculté laissée à la Conférence des Présidents de programmer un scrutin public à une date ultérieure fixée permettent quant à elles de préserver le Gouvernement contre l'absentéisme de sa majorité et de s'assurer, à l'avance, du sens des votes. La tenue de séances supplémentaires, à la demande du Premier ministre, assure également le vote des textes selon un certain calendrier malgré l'obstruction. Ainsi, le Gouvernement n'est pas dépourvu face à l'obstruction.

Toutefois, il profite également aujourd'hui de la réforme des Règlements qui limite plus encore les possibilités d'obstruction. Outre la révision de l'article 41 de la Constitution, qui permet aux Présidents de chaque assemblée de soulever l'irrecevabilité législative contre un amendement, le temps législatif programmé possible à l'Assemblée nationale constitue une limite efficace à l'obstruction parlementaire. En donnant par avance aux groupes un temps de parole limité, l'application du temps législatif programmé peut conduire à mettre aux voix sans débat les amendements de l'opposition qui aurait fait œuvre d'obstruction par le dépôt massif d'amendements. De la même façon, le rappel au règlement comme moyen d'obstruction perd son intérêt dès lors qu'il peut être déduit du temps du groupe en cas d'usage abusif. De plus, le temps consacré à la discussion des motions, encore illimité en 1998, a été considérablement réduit par la réforme des Règlements : il est désormais limité à trente minutes dans les deux chambres en première lecture. Enfin, la demande de vérification de quorum perd tout intérêt dès lors que le vote peut effectivement avoir lieu quinze minutes après. La rationalisation des moyens d'obstruction est donc réelle et réduit largement la portée des dispositions de la Constitution et des Règlements jusqu'alors utilisées à cet effet.

Il est toutefois loisible de se demander si cette rationalisation n'est pas, en l'espèce, excessive et s'il ne conviendrait pas de protéger la capacité d'obstruction de l'opposition ou, à défaut, de lui donner de nouvelles prérogatives en matière de contrôle.

En effet, la limitation drastique des capacités d'obstruction de l'opposition paraît excessive si l'on considère que c'est là son seul moyen d'expression. L'obstruction a ceci

d'utile qu'elle permet à l'opposition parlementaire de négocier, à la marge, avec le Gouvernement issu de la majorité, et d'attirer l'attention des citoyens sur un problème particulier, du fait de la médiatisation dont elle bénéficie. Limiter les capacités d'obstruction de l'opposition peut ainsi revenir à la priver de tout moyen d'expression. Ceci est d'autant plus nuisible à la démocratie parlementaire, qui se nourrit du débat, que la séparation des pouvoirs s'entend aujourd'hui de la séparation entre majorité et opposition. Il apparaît donc nécessaire, particulièrement dans un régime présidentiel, de conserver à l'opposition des moyens d'action. Ceci est notable dans l'utilisation de la réserve de vote par le Gouvernement, qui rend inutile la présence de la majorité lors de la discussion des propositions de l'opposition parlementaire et vide ainsi le débat de tout contenu. Sans nécessairement restaurer des moyens anciens d'obstruction, un nouvel équilibre pourrait être trouvé par l'octroi de nouveaux droits à l'opposition, sur le modèle britannique. Notamment, la révision de 2008 doit être poursuivie et approfondie. Si la réforme des règlements assurent d'ores et déjà une meilleure représentation de l'opposition au sein des organes décisionnels des assemblées, il conviendrait de renforcer les droits de l'opposition en matière de contrôle et par exemple de rendre effectif le droit à la création d'une commission d'enquête. Le droit de tirage reconnu aujourd'hui aux groupes d'opposition devrait ainsi viser non seulement l'inscription à l'ordre du jour mais aussi la création elle-même. On a pu constater, avec le retrait de la proposition socialiste de création d'une commission d'enquête sur les sondages élyséens, que ce droit était encore loin d'être effectif car soumis au fait majoritaire. Il conviendrait également d'étendre le principe de partage des présidences de commissions permanentes à la moitié des commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat, sur le modèle de la commission des finances de l'Assemblée nationale, afin de donner plus de responsabilités à l'opposition, qui serait dès lors moins tentée par l'obstruction. L'excessive rationalisation des moyens d'obstruction pourrait donc être utilement compensée par l'octroi de droits nouveaux à l'opposition.

\*

L'obstruction semble donc avoir disparu des dispositions de la Constitution comme des règlements des assemblées, ce qui est susceptible d'améliorer la qualité des débats parlementaires. Toutefois, dans la mesure où l'obstruction se développe généralement dans les interstices laissés par le droit, il est encore possible de voir certaines dispositions détournées de leur objet premier. Cela pourrait être le cas, par exemple, des explications de vote personnelles de cinq minutes possibles dans le cadre du temps législatif programmé.

## DROIT parlementaire

(durée : 3 heures)

### Sujet : « L'obstruction et les dispositions de la Constitution et des Règlements des assemblées parlementaires »

Copie E

Note : 15/20

En perdant en janvier 2010 une élection partielle organisée dans le Massachusetts, la majorité démocrate du Sénat des Etats-Unis ne comporte plus que 59 sénateurs sur 100 et vient donc de perdre la possibilité de demander en séance publique que soit procédé immédiatement à un vote pour mettre fin à l'obstruction de l'opposition, pouvant tenir physiquement la tribune des séances entières.

En effet, selon le professeur Krosnotsky, l'obstruction s'analyse en droit parlementaire comme l'ensemble des techniques de procédure utilisées par l'opposition en séance publique pour retarder voire empêcher l'adoption d'un texte par la majorité. Ces pratiques s'appuient sur les dispositions des Règlements des assemblées ou de la Constitution pour provoquer délais et incidents de procédure, retardant d'autant l'adoption ou conduisant le Gouvernement ou sa majorité à répliquer, au risque d'être accusé médiatiquement de « passer en force ». L'obstruction consacre donc la négation par l'opposition du droit de la majorité à légiférer. C'est pourquoi les révisions de la Constitution du 23 juillet 2008, puis du Règlement de l'Assemblée (RAN) du 27 mai 2009 et du Règlement du Sénat (RS) du 2 juin 2009 ont tenté de limiter les moyens d'obstruction en échange de la reconnaissance du rôle de l'opposition.

Ainsi l'obstruction repose sur l'emploi des techniques de procédure des Règlements pour multiplier les incidents de séance et allonger les débats ; les réformes de 2008-2009 ont cherché à organiser le débat pour juguler l'obstruction, sans parvenir à modifier les comportements.

\*  
\* \*

L'obstruction utilise les ressources des Règlements pour multiplier les incidents de procédure et allonger les débats, sans que les instances d'arbitrage puissent s'y opposer.

Comme l'a décrit en 1983-84 le député M. Colmon dans la revue **Pouvoirs** avec son célèbre article **Vade-mecum du député obstruteur**, l'obstruction repose avant tout sur une connaissance précise du Règlement pour déclencher des incidents de procédure et allonger les débats. Comme l'a déclaré le Président Mazeaud, « s'ils veulent de nouveaux droits, ils n'ont qu'à lire le Règlement » : si les règles sont anciennes, leur utilisation systématique a pris des proportions importantes ces dernières législatures (multiplication des amendements et motions). Ainsi un député ou un sénateur peut troubler le déroulement de la procédure en demandant la parole pour un rappel au Règlement (art 58 RAN), ou, au nom du Pt de son groupe, demander une suspension de séance (art 58 RAN), demander à faire vérifier le quorum (art 61 RAN) demander un scrutin public (art 65 RAN).

Par ailleurs, il peut allonger la durée des débats en déposant et défendant des motions préalables (motion de rejet préalable, art 91 RAN, motion préjudicielle, art 44 RS, motion

de renvoi en commission art 91 RAN, ou motion tendant à soumettre au referendum, art 59 RS). Il peut aussi déposer et défendre des amendements (135 000 amendements ont été déposés à l'Assemblée sur le projet de loi sur l'énergie en 2006). Il peut enfin demander à prendre la parole pour des explications de vote sur chaque amendement, sous amendement et article (art. 54 RAN).

Ainsi comme le décrit M. Colmon, un parlementaire peut, seul ou avec l'appui de son Président de groupe, retarder indéfiniment l'adoption d'un texte.

\*

Les instances d'arbitrage ne peuvent s'opposer à l'exercice de ces droits dont certains sont prévus par la Constitution.

Le Président de séance, puis le Bureau, peuvent être amenés à s'opposer aux techniques d'obstruction, sans pouvoir remettre en cause les droits constitutionnels du député obstruteur.

Le Président de séance peut s'opposer aux manœuvres d'obstruction en retirant la parole ou en refusant de la donner au député obstruteur (art 54 RAN). Le gouvernement et, depuis la révision du 23 juillet 2008, le Président, peuvent invoquer des irrecevabilités pour empêcher la discussion d'amendements : irrecevabilité financière (art 40 C), du domaine de la loi (art 41 C et 38 C), irrecevabilité des amendements non examinés en commission (art 44 C). Après que deux orateurs d'avis contraire se soient exprimés, le Président peut décider ou un député peut proposer la clôture de la discussion (art. 57 RAN).

Enfin, en utilisant, avec l'accord du Conseil des Ministres, l'article 49 alinéa 3, le Gouvernement peut mettre un terme aux délibérations de l'Assemblée en considérant le texte comme adopté en l'absence de l'adoption d'une motion de censure.

Les responsables de la majorité disposent donc d'armes pour répliquer à l'obstruction, mais ne peuvent aller contre l'exercice des droits constitutionnellement protégés du parlementaire obstruteur.

Le Conseil constitutionnel veille à ce que la procédure parlementaire respecte les droits constitutionnels des parlementaires obstruteurs.

A l'occasion du contrôle préalable des Règlements des Assemblées ou du contrôle d'une loi déférée (article 61 C), le Conseil constitutionnel a été amené à examiner la procédure d'adoption. Il s'est refusé à être le juge du règlement : une loi adoptée selon une procédure contraire au Règlement n'est pas contraire à la Constitution (1980). Mais il veille à ce que les dispositions constitutionnelles de la procédure parlementaire, tel que le droit d'amendement reconnu à l'article 44 C, soient respectés par les Règlements et la procédure suivie : ainsi un texte adopté suivant une procédure contraire à la lettre de la Constitution est anticonstitutionnel (cf. la loi de finances pour 1980).

Ainsi la Constitution comme les Règlements comportent des garanties relatives au droit de chaque parlementaire de pouvoir participer à la procédure législative ; le dévoiement de ces droits par l'obstruction ne peut conduire à leur retirer.

Face à ce constat, les réformes de 2008 et 2009 ont cherché à limiter les possibilités d'obstruction et à offrir en échange un rôle reconnu à l'opposition, mais les premiers résultats restent décevants en l'absence d'évolution des comportements.

\* \*

Les réformes de la Constitution et des Règlements des assemblées ont cherché à organiser le débat pour juguler l'obstruction, sans parvenir à modifier les comportements.

Les réformes de la procédure parlementaire ont eu pour objectif d'organiser le débat et d'y reconnaître le rôle de l'opposition.

La réforme de la Constitution du 23 juillet 2008 a ouvert la voie à un encadrement des droits des députés par la loi organique permettant de rationaliser la durée des débats en séance publique.

La durée des débats a été encadrée à l'Assemblée grâce à la mise en place du temps législatif programmé, mise en œuvre par l'article 49 RAN dans le cadre de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009. Le Sénat a choisi de ne pas recourir à cette procédure, pourtant permise dans le cadre de la loi organique.

Ainsi, à l'Assemblée, la Conférence des Présidents peut organiser la discussion d'un texte en fixant une durée maximale, pouvant ensuite être répartie entre les groupes. Chaque groupe dispose d'une durée minimale ; le temps supplémentaire est reparti entre les groupes, les groupes d'opposition disposant de 60 % de ce temps supplémentaire. Chaque groupe peut ensuite répartir comme il le souhaite cette durée entre ses orateurs.

Ce temps législatif peut être augmenté : pour être fixé à un minimum de 30 heures à la demande d'un président de groupe ; pour être augmenté de 50 heures, une fois par session toujours à la demande d'un président de groupe. Par ailleurs, celui-ci dispose d'un temps d'une h (ou 2 heures si la durée globale du débat est supérieure à 40 h) pour s'exprimer. Mais en conséquence, lorsque le temps accordé à un groupe est épuisé, ses membres ne pourront plus obtenir la parole avant les explications de vote sur l'ensemble du texte (alinéa 13 de l'article 49 RAN).

Dans le même esprit, toutes les durées minimales accordées à chaque orateur ont été revues à la baisse : toute explication de vote sur un article ou un amendement ne doit prendre que 2 minutes ; la motion de rejet préalable, regroupant exception d'irrecevabilité et question préalable (article 91 alinéa 5), ne peut être défendue que pendant 30 minutes en première lecture, 30 minutes en seconde lecture et 10 minutes pour les lectures suivantes.

L'organisation du débat, rendue possible par les réformes de 2008-2009, ont permis de rationaliser celui-ci et d'encadrer sa durée, rendant moins puissantes les armes du Règlement à la disposition du député obstruteur car désormais son temps de parole peut être globalement encadré.

Le corollaire de cette réforme était la reconnaissance du rôle et du droit d'expression de l'opposition. Le nouvel article 51-1C de la Constitution prévoit que les Règlements doivent reconnaître des « droits spécifiques » aux groupes d'opposition ou minoritaires. Sans détailler tous les éléments du nouveau statut de l'opposition, on notera que celle-ci dispose désormais de la moitié du temps de parole (questions, débats sur déclaration du gouvernement) voire 60 % (temps législatif programmé sur les textes législatifs). Par ailleurs, chacun de ses groupes dispose d'au moins 3 séances par session pour proposer un ordre du jour, en application de l'alinéa 5 de l'article 48 C ; enfin, il peut obtenir la création d'une commission d'enquête par session ordinaire, sauf opposition des 3/5<sup>ème</sup> de l'Assemblée (article 51-1 C).

Ainsi, afin de combattre l'obstruction, les réformes constitutionnelles et réglementaires ont cherché à responsabiliser l'opposition, en lui donnant un rôle et en garantissant son droit d'expression. Cependant, ce projet semble se heurter au maintien des comportements passés.

\*

La recherche d'une procédure parlementaire apaisée se heurte au maintien des comportements passés.

Comme l'a montré J.C. URVOAS, Député, dans une note de la **Fondation Terra Nova** de janvier 2010, la mise en œuvre des nouvelles dispositions du Règlement de l'Assemblée s'est heurté à un refus du compromis sous-jacent : l'opposition refuse toujours à la majorité le droit de légiférer, et la majorité refuse à l'opposition le droit de contrôler et de proposer.

Les comportements obstructionnistes persistent dans l'opposition, qui a continué à utiliser motions et incidents pour perturber le débat. Mais en outre, l'opposition a décelé de nouvelles formes d'obstruction dans des oublis réglementaires : ainsi en application du dernier alinéa de l'article 49 RAN, le Président Ayrault a revendiqué en janvier 2010 que chacun des députés de son groupe s'exprime 5 minutes lors des explications de vote sur l'ensemble du projet de loi sur le statut de la Poste explication non décomptée du TLP ; le Président Accoyer s'y est opposé en invoquant le « détournement de procédure » provoquant un incident de séance.

Par ailleurs, comme le dénonce JC Urvoas, l'utilisation systématique de la réserve de vote sur les propositions de loi présentée par l'opposition, le recours plus fréquent à la procédure accélérée et au vote bloqué n'est pas conforme à l'esprit de la réforme ; le Président Accoyer a condamné publiquement ces dérives, appelant le gouvernement à « pousser le jeu ».

Mais dans un même temps, la majorité refuse à l'opposition le droit de contrôler : les groupes GDR et SRC ont successivement retiré leurs propositions de résolution créant une commission d'enquête en dénonçant que la reformulation de leur objet par la commission des lois les vidaient de leur sens.

Ainsi il semble que les réformes n'ont pas modifié la volonté de l'opposition de recourir à l'obstruction, de nouvelles pistes pouvant être trouvées dans le Règlement réformé. La nécessité de dramatiser les enjeux et le débat, de montrer sa volonté de « se battre » contre les projets de la majorité pour attirer l'attention médiatique semblent en France nécessaire au statut d'opposant.

Au contraire des intentions des rédacteurs de la réforme, les nouvelles dispositions constitutionnelles, organiques et réglementaires ont limité les formes anciennes, mais dégagé de nouvelles pistes et raisons pour troubler les débats : c'est dans les esprits et les conventions politiques, plus que dans les textes, que devront désormais s'inscrire la réforme.

\*  
\* \*

L'obstruction parlementaire s'est développée ces dernières législatures avec la recherche d'une attention médiatique, seule à même de donner un brevet d'opposant. Les réformes de 2008-2009 se sont efforcées de modifier les textes constitutionnels, organiques et réglementaires pour juguler l'obstruction. Cependant, quand on juge l'exemple britannique d'une procédure parlementaire apaisée, on constate qu'elle repose avant tout sur l'auto-limitation des comportements et les conventions politiques entre les acteurs.

Ainsi, pour permettre à la majorité de légiférer et à l'opposition de contrôler, faudrait-il développer les conventions et le droit non écrit, avant d'inscrire les objectifs dans les textes. Mais cette méthode est caractéristiquement bien française.