

ius

PUBLICUM NETWORK REVIEW

N. 1

2019



ISSN 2039-2540

Issue n. 1 - 2019-ISSN 2039 2540



Index

Articles

1. Ivo Locatelli - Do European Public Buyers Purchase Together? An assessment of Joint Cross-Border Procurement Contracts Published in TED in 2017 and Beyond
2. Josep Ramon Fuentes i Gaso - La distribuzione delle competenze in materia ambientale nell'ordinamento locale spagnolo secondo la dottrina costituzionale
3. Yseult Marique - Principles in English Public Contracts Law, ethics and administrative management

Reports

4. Public Contracts
 - a. ESP: Patricia Valcárcel Fernández, The principles of the European directives on public procurement in the Spanish system
5. Judicial review and remedies
 - a. FRA: Julien Bonnet, Agnès Roblot-Troizier, L'office du juge de la loi. La concrétisation des contrôles de la Loi

**DO EUROPEAN PUBLIC BUYERS PURCHASE TOGETHER? AN ASSESSMENT OF
JOINT CROSS-BORDER PROCUREMENT CONTRACTS PUBLISHED IN TED IN
2017 AND BEYOND**

Ivo LOCATELLI¹

INDEX

INTRODUCTION

1. THE DATA

2. OVERVIEW

**3. CONTRACTING AUTHORITIES AND CONTRACTING
ENTITIES COOPERATING ACROSS BORDERS**

4. VALUE OF THE CONTRACTS AND TYPE OF PROCUREMENT

5. THE PROJECTS: WHAT IS PURCHASED AND WHY

5.1 A possible taxonomy of joint cross-border procurement projects

5.2 Transnational procurement projects

5.3 Demand-pooling projects

6. ELEMENTS OF THE PROCEDURE

7. LEVEL OF COMPETITION AND SME PARTICIPATION

**8. CROSS-BORDER PUBLIC PROCUREMENT – BUYING FROM
SUPPLIERS FROM OTHER MEMBER STATES**

**9. THE SURVEY: BUYERS' OBJECTIVES AND CHALLENGES, AND
LOOKING AT CASES IN 2018 AND 2019**

CONCLUSIONS

¹ Senior Expert, European Commission. The views expressed in this paper are of the author and do not necessarily reflect the position of the European Commission.

INTRODUCTION²

Cooperative procurement can take several different forms³, depending on the intensity of the collaboration between the buyers and the level of commitment⁴. It may cover a wide range, including: informed procurement through the sharing of information; the coordination of certain phases of the procurement procedure (e.g. market research, pricing); the preparation of common technical specifications for what will be procured by the buyers, each conducting a separate and parallel procedure; and situations where the contracting authorities jointly conduct one procurement procedure either by acting together or by entrusting one contracting authority with the management of the procedure on behalf of the others, for instance via a Central Purchasing Body (CPB).

Joint procurement activity might be performed by contracting authorities within the same country or from different Member States. A particular dimension of joint procurement is joint cross-border procurement, which implies contracting authorities or entities from different Member States ‘buying’ and awarding a contract together.

² I would like to thank Samira Boussetta, Laura Broomfield, Cristian Danciu, and Isabel Da Rosa for their comments on this paper.

³ See Recital 71 of Directive 2014/24/EU.

⁴ J. Espín, J. Rovira, A. Calleja, N. Azzopardi-Muscat, E. Richardson, W. Palm, D. Panteli “*How can voluntary cross-border collaboration in public procurement improve access to health technologies in Europe?*” World Health Organization 2016 (acting as the host organisation for, and secretariat of, the European Observatory on Health Systems and Policies), Policy Brief 21.

The new European rules for public procurement have greatly clarified the applicable legislation⁵. For the first time, Directive 2014/24/EU⁶ (hereafter referred to as the ‘Classical Directive’) and the Utilities Directive 2014/25/EU⁷ explicitly contemplate the possibility of awarding public contracts through contracting authorities or contracting entities from different Member States by means of cross-border procurement collaboration. They do so by incorporating different cross-border modalities for public-public cooperation⁸: i) the use by a contracting authority of the centralisation services offered by a CPB located in a different Member State; ii) a general provision allowing joint collaboration by contracting authorities or entities located in different Member States; and iii) the creation of a joint legal entity pursuant to an agreement entered into by different contracting authorities.

⁵ See Article 39 of Directive 2014/24/EU and Article 57 of Directive 2014/25/EU.

⁶ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC [2014] OJ L 94/65.

⁷ Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC [2014] OJ L 94/243.

⁸ R. Cavallo Perin and G.M. Racca ‘European Joint Cross-Border Procurement and Innovation’; and I. Locatelli, ‘Process Innovation Under the New Public Procurement Directives’, both in G. M. Racca - C. R. Yukins (eds.) *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, coll. Droit Administratif/ Administrative Law Collection, Brussels, Bruylant, 2019.

Moreover, the European Commission promotes joint cross-border procurement in its dialogues with relevant stakeholders. A recent feasibility study⁹ for the European Commission showed that aggregating demand in the case of joint cross-border procurement generates significant savings and other significant spill-over effects for buyers in terms of know-how exchange.

This procedure has a strong internal market dimension from the demand side. In fact, it implies that contracting authorities from (at least) two Member States pool demand and cooperate in the design of the call, its preparation, and the award of the contract. This also allows buyers to share the risk of procuring innovative solutions. However, it also generates positive effects on the supply side in terms of cross-border trade, although it may also have an impact on the structure of the market, which should be properly assessed on a case-by-case basis.

The objective of this article is to carry out a factual assessment of the cases of joint cross-border procurement recorded in 2017, the first year after the deadline for transposition of the Directive (April 2016) (and in any event, before the introduction of a modification in the standard forms¹⁰ it was not possible to identify the relevant cases). This article provides the first comprehensive overview of joint cross-border procurement in the EU, allowing the discovery of the main features of projects and procedures used by buyers. It is very much

⁹ BBG-SKI, Feasibility study concerning the actual implementation of a joint cross-border procurement procedure by public buyers from different Member States, December 2016. Available at <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/22102>.

¹⁰ Commission Implementing Regulation (EU) 2015/1986 of 11 November 2015 establishing standard forms for the publication of notices in the field of public procurement and repealing Implementing Regulation (EU) No 842/2011, OJ L 296, 12.11.15.

about understanding what has happened: this is key to future improvements and can be useful for promoting better co-procurement in the era of cooperation.

This assessment of joint cross-border procurement is limited to cases of a contract being awarded, or a framework agreement being concluded, either jointly or via a joint entity, by several contracting authorities located in various Member States or via two foreign CPBs. Therefore, coordinated procurement implying several parallel procedures managed by buyers in different Member States is not covered here.

In terms of structure, the article is organised in 9 sections. Section 1 describes the data used for the analysis, while section 2 provides an overview. The subsequent sections cover an assessment of: contracting authorities/entities cooperating across borders (3); the value of the contract and type of procurement (4); the projects – what is purchased and why (5); elements of the procedure (6); level of competition (including cross-border) and SME participation (7); and cross-border procurement (8). The last section (9) describes the results of a survey of the objectives and challenges of buyers and looks at what happened beyond 2017. A conclusions section closes the article.

1. THE DATA

The data used for the assessment are the contract award notices¹¹ (CANs) published in the Tender Electronic Daily¹² (TED) database¹³. TED data are published in open format at

¹¹ See Article 50 of Directive 2014/24/EU.

¹² Tenders Electronic Daily, <http://ted.europa.eu>

¹³ The Directives requires Member States to send data electronically to the Publication Office of the European Union (Article 50(2) of Directive 2014/24/EU). The format and the procedure for sending notices electronically as

the European Open Data Portal in two different formats and in different packages¹⁴. The standard forms¹⁵ allow the buyer to explicitly identify joint cross-border procedures. They were being used by Member States as of 2017, and at this point in time data are available for that year only.

CANs relating to European Union (EU) institutions' procurement procedures that are open to agencies and institutions located in different Member States are not covered by this assessment. These procurement procedures are all based on the same legal instrument (the Financial Regulation¹⁶). The legal context in which the EU institutions and agencies operate cannot be compared with that of contracting authorities or entities conducting procurement at national level¹⁷, each under a different national legislation, albeit partially harmonised due to the effect of the transposition into national law of the Directives.

established by the Commission are made available at <http://simap.europa.eu>, as referred to in Annex VIII(3)c of Directive 2014/24/EU so as to ensure publication in TED.

¹⁴ <http://data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/ted-1>

¹⁵ S209

¹⁶ Regulation (EU, Euratom) 2018/1046 on the financial rules applicable to the general budget of the Union, repealing Regulation (EU, Euratom) No 966/2012 (2012 Financial Regulation), OJ L 193, 30.7.2018. The last version of the Financial Regulation entered into force and is applicable from 2 August 2018.

¹⁷ Although the EU institutions and national contracting authorities buy under different legal regimes, the market context is comparable as they both buy similar types of goods and services.

In addition, CANs concerning pre-commercial procurement are not included since public procurement Directives apply to public service contracts for research and development services only where specific conditions are met¹⁸.

Although the obligation to transpose the Directives into national legislation was set for April 2016¹⁹, transposition was still not complete by all Member States in 2017. The ongoing transposition of the public procurement package into national legislation has probably affected the implementation of this innovative procedure. The absence of transposition may have discouraged buyers potentially interested in testing this new procedure. However, in a few cases, contracting authorities or entities have taken part in joint cross-border procedures before the transposition of the relevant provisions of the Directives into national law. The same was noted in the feasibility study²⁰ referred to in Introduction above, which assessed four joint cross-border procurement projects, all implemented before transposition of the Directive into the respective legal system of the Member States.

The information published in TED notices often suffers from missing values and reporting mistakes (particularly in the form of nonsensically large values)²¹. However, nothing suggests that the data relating to joint cross-border procurement suffer more serious reliability concerns than that limited to national procurement procedures. On the contrary, the involvement of more buyers than in a traditional procedure suggests a higher degree of control deriving from the greater number of parties involved, and possibly a higher rate of

¹⁸ See Articles 14 of Directive 2014/24 EU and 32 of Directive 2014/25/EU.

¹⁹ Respectively Articles 90(1) of Directive 2014/24/EU and 106(1) of Directive 2014/25/EU.

²⁰ See footnote 9.

²¹ Public Procurement Indicators 2017, DG GROW <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003>

compliance with the key elements of the procedure such as publication in TED and the correct indication of joint cross-border working. Furthermore, the involvement of buyers from different Member States creates an incentive to transmit the information to TED and to ensure the forms are filled in in full: this ensures that suppliers from all parts of the EU (including those coming from countries other than that of the lead buyer) can access the data on the call for tender (TED's home page has between 20,000 and 30,000 visits per day, and over 10 million annually, from the EU and abroad).

The assessment has been carried out on the basis of aspects made available via the CANs published in TED. The data available include many important issues such as: the type of procurement and the characteristics of the buyers pioneering this innovative procedure; key aspects of the procurement procedure (lots, use of framework agreements, award criteria used); the model of joint cross-border procurement used; the use of EU funding; and the level of competition.

Unfortunately, CANs do not provide comprehensive information on most relevant legal issues, such as the pre-award agreement between the buyers (or the international agreement between the Member States concerned), the contractual issues, and other relevant aspects of this specific form of public-public cooperation. Nonetheless, the information available is still very interesting in policy terms as it allows a very first comprehensive observation of the projects that have occurred in a recent year. This allows the uncovering of some previously unknown common characteristics of joint cross-border procurement procedures and projects.

To cover some specific aspects of the procedure, a small questionnaire was sent to a number of buyers. The responses obtained cover about 10 contracts awarded under the Classical Directive (more than half of the total of 17 that have been awarded).

2. OVERVIEW

In total, in 2017 34 CANs were published concerning joint cross-border procedures involving buyers in different Member States. Clearly, the total number of CANs concerning joint cross-border procedures recorded is insignificant compared with the total of CANs published annually in TED (over 158,400 for all Directives). The number of cases reported is far too small to be a statistically meaningful sample of such a large universe. In terms of the value of procurement, the estimated value of tenders published in TED in 2017 reached 437.3 billion euros for the Classical Directive, and 545.4 billion euros if all Directives are considered. In 2017 the total value of all contracts awarded through a joint cross-border procedure amounted to 230 million euros, a small fraction of the total.

In 2017, 19 CANs concerned procedures for the procurement of goods, services or works based on the Classical Directive, while 15 were based on the opening up to competition of procurement by contracting entities operating in the energy, water, transport, and postal services under the Utilities Directive. No case concerned the application of defence procurement under the Defence and Security Directive 2009/81/EC²².

²² Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain work contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC, OJ L 216, 20.8.2009 p. 76. In 2019 the European Commission published a notice on guidance on cooperative procurement in the field of defence and security, OJ C 157, 8.5.2019. The notice clarifies a range of options for cooperative procurement by two or more Member States.

Out of these 34 cases, five contracts were not awarded: two under the Classical Directive and three under the Utilities Directive. The reasons for non-award are known only in a couple of cases, both under the Utilities Directive: in one case, either no tender was received or all were rejected; in another case, the contracting entity decided to cancel the call as the minimum requirements provided in the invitation were not proportionate to the scope of the contract.

In addition, the total number of contracting authorities was extremely small relative to the total number of buyers operating in the EU, which is estimated at around 300,000. In total, in 2017, 65 different buyers used at least once a procedure involving one (or more) buyer from another Member State. In 2017 almost the same number of buyers were awarded one or more contracts under both the Classical Directive (32) and the Utilities Directive (29); some of them managed more than one procurement procedure, typically with the same buyers (some contracting entities were involved in up to four different procedures). However, some utilities also experienced joint cross-border procedures with different buyers' groups. All these cases indicate familiarity with handling this kind of procedure and a positive trade-off between the benefits obtained and the costs and complexities of the procedure.

Buyers from many Member States took part in joint cross-border contracts, with the UK, Ireland, and Germany leading the ranking. Overall, there was a good involvement of buyers from eastern Europe. Mediterranean buyers, as well as from Sweden and Luxembourg, did not take part in joint cross-border procedures in 2017: this absence may be for various reasons, such as legal ones (e.g. late transposition) and a lack of awareness of the new opportunities stemming from the Directives.

3. CONTRACTING AUTHORITIES AND CONTRACTING ENTITIES COOPERATING ACROSS BORDERS

Contracting authorities

As previously indicated, 19 cases (17 awarded) concerned contracting authorities as defined by the Classical Directive, and 15 cases (12 awarded) concerned contracting entities under the Utilities Directive.

Most buyers were part of the national or State administration, while in only three cases were the relevant procedures managed by regional or local authorities. Local and regional bodies can be territorial and it may be more politically difficult to conduct cross-border procurement, and to have to justify to people in their region why their rates and taxes are not staying within the locality. It could also be that contracting authorities operating at national level have the skills and the structure to implement this kind of cooperation with a buyer from another Member State. However, the cases indicated that smaller buyers also seem to have the administrative capacity allowing them to manage this type of procurement, and an interest in doing so.

Regarding bodies governed by public law and operating under the Classical Directive, the main sector of activity was transport, accounting for 11 contracts awarded (and 2 non awarded). The main subsectors were all concerned: including maritime (three awards), railways, air traffic control, and river navigation (one award each), and construction of a bridge (two awards); the remaining five procedures concerned bus transport services, of which only two have not been awarded.

The most interesting cases are those not relating to the transport sector (see section 6). Regulatory bodies and buyers operating in the health sector were involved in two

procedures each; one related to the organisation of cultural activities, one to the procurement of vehicles. This shows that although most projects concerned the transport sector, joint cross-border has attracted buyers operating in different sectors.

Contracting entities concerned

Not surprisingly, out of the four sectors covered by the Utilities Directive, almost all buyers that ran a joint cross-border procedure came from the electricity sector and were concerned with assessing, developing, and building offshore activities to connect their respective grids. In fact, this is in line with the higher economic weight of the electricity sector amongst the sectors covered by the field of application of the Utilities Directive (which includes electricity, postal services, water, and transport).

Size and composition of the buyers' groups

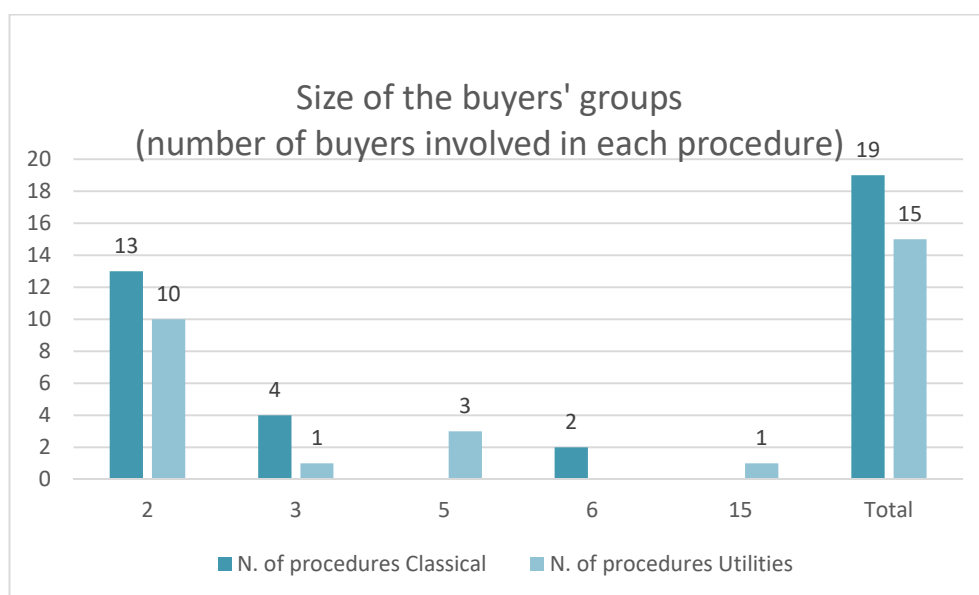
Typically, the size of the buyers' group was small. Two thirds of the cases recorded involved only two contracting authorities or entities (see graph 1 below). This pattern was common to procedures conducted under both the Classical and the Utilities Directive. As expected, as the number of buyers increased, the number of cases reported decreased; this was likely to be related to the increasing complexity and coordination effort needed (including the preparation of the tender documents, travelling, translation/consolidation of documents, etc.) if a large group of buyers was associated with the procedure. As indicated in the cost-benefit analysis of the feasibility study²³, the participation of a large number of buyers could lead to lower overall savings; moreover, the benefits deriving from economies

²³ Op. cit. at footnote 9.

of scale are degressive – the positive effect per additional unit of volume gets smaller as more goods or services are purchased.

In a few extreme cases, the size of the buyers' group and the number of different Member States from which they originated was very high. The largest buyers' group included 15 contracting entities, and this was an exception. The largest buyers' groups under the Classical Directive were recorded in two different procedures, each including six different buyers (in one case consisting of cities and local/regional authorities from two different Member States; in another case including the bodies in charge of waterway management and navigation over the Danube river).

Graph 1:



Source: calculation based on TED data

In most cases, joint cross-border procurement projects included two buyers, each coming from a different country. Therefore, the distribution of the number of Member States ‘represented’ was largely concentrated in procedures managed by contracting authorities or entities from only two Member States. In two cases the number of nationalities of origin of the buyers stands out. In the first one, 15 contracting entities from eight different Member States decided to procure jointly. The object of the procurement was business and management consultancy and related services. In the second case, six contracting authorities from five Member States (Austria, Romania, the Slovak Republic, Croatia, and Bulgaria) jointly procured IT consulting services regarding the technical and operational specifications for the joint monitoring system of the Danube river. Interestingly, both procedures were carried out under Austrian law; in both cases, the offers could be submitted in English and this can be interpreted as signalling an intention by the buyers to invite foreign suppliers.

It often occurred that some members of the buyers’ group were from the same Member State; i.e. the number of different nationalities was generally lower than the total number of members of the group of buyers. Presumably, this allowed for a reduction in the coordination effort created by the need to deal with different procurement legislation, administrative culture, contract execution legislation and practice, etc. It also facilitated the creation of trust between different parties. It may also have had a negative impact in terms of one country claiming rights of control on the basis of having more contracting authorities involved, with the others having to fall into line. However, since participation in the buyers’ group was voluntary, there was a solution to such a risk (leaving the group).

With regard to cases under the Classical Directive, buyers from 15 Member States awarded at least one procedure (16 under the Utilities Directive). In general, very good participation by contracting authorities can be noted from eastern Europe. Contracting authorities from the Czech Republic, Slovak Republic, Hungary, and Poland awarded several calls; Bulgarian, Romanian, and Croatian buyers each awarded one.

The UK was the Member State most frequently ‘represented’ in CANs relating to joint cross-border procurement published in 2017; in practice, one or more contracting authorities from the UK took part in eight contracts. Except in one case, the UK contracting authorities were in partnership with an Irish one. Hence Ireland was the second most frequently represented Member State (seven CANs); Germany and the Slovak Republic followed with four contracts awarded.

In some cases, the same buying group ran several joint cross-border procedures. It should be remarked that not all procedures by such groups applied the same national procurement legislation (for instance, a buyers’ group awarded three contracts; in two cases, the procurement legislation was the English one; in another one the Irish). This seems to suggest some choices being made by the buyers, possibly with the aim of sharing the burden of handling the procedure as lead buyer.

Regarding the Utilities Directive, one or more German contracting entities took part in six procedures; Danish and Dutch ones in four each. Overall, a good number of procedures were reported involving contracting entities from eastern Europe (Poland, the three Baltic States, Bulgaria, the Slovak Republic, Hungary, the Czech Republic, and Slovenia).

4. VALUE OF THE CONTRACTS AND TYPE OF PROCUREMENT

The total value of joint cross-border contracts awarded in 2017 was 230 million euros. The average value of the contracts was above 7.9 million euros. The average value of contracts was larger in procurement under the Classical Directive than under the Utilities Directive, at 9.6 and 5.6 million euros respectively. In general terms, these values concern projects of a large size, which makes sense, as joint cross-border contracts imply the adding together of two or more markets. However, these average data are greatly affected by a few

large contracts. As pointed out earlier, the number of joint cross-border cases was very small, and an outlier can easily affect the average. Also, the data available refer only to one year, and not to an historical series.

Regarding the Classical Directive, two contracts valued below the EU threshold were awarded (135,000 euros was the lowest threshold for publication contemplated by the Directives for 2016-2017). They were awarded jointly by a Czech and a German local body for 43,900 euros for interpretation services and 60,000 euros for local transport services. This indicates that buyers from different countries have resorted to joint cross-border procurement for relatively small contracts (often services). At the other end of the distribution, the largest contract by value concerned a works contract: the construction of a bridge between the Slovak Republic and Hungary over the Danube for 91 million euros. It is interesting to point out that for purchases under the classical Directive, in half of the cases the value of the contract was below 400,000 euros and so smaller than for most common procedures for all procurement²⁴.

With regard to the utilities, contracts varied over a narrower value range. The smallest contract amounted to 227,000 euros, and concerned engineering services for a compressor station as part of the Baltic Pipe Project. The two largest ones were around 22 million euros and concerned the procurement of supplies by a group of electricity transmission operators from Germany and the Netherlands.

²⁴ The density function aggregated at EU level shows that the most frequent CANs are around 450,000 euros (op. cit. footnote 21).

Tables 1 and 2 below illustrate respectively the number of awards from joint cross-border projects, by type of procurement and the value of the contract awarded²⁵. 71% of the total value of joint cross-border contracts awarded in 2017 resulted from contracts for general procurement, and the remaining 29% from purchases carried out by utilities. In 2017 the corresponding figures for all procurement in the EU were 89% (Classical Directive) and 9% (Utilities Directive)²⁶. This shows that the weight of joint cross-border contracts of utilities published in 2017 was higher – in relative terms – than the weight of utilities’ contracts in total procurement. This might indicate a higher inclination on the part of utilities to procure with a foreign partner when subject to public procurement law.

²⁵ Obviously, there was no value of the contract in the CANs for procedures cancelled or with unsuccessful procurement.

²⁶ These data are based on contract notices, i.e. calls, and are a good proxy for CAN. In 2017 the share of concessions and defence contracts in the total value of public procurement was 1% in each case.

Table 1: CANs concerning joint cross-border procedures by type of procurement, 2017

Procurement of	Number of procedures		
	Classical	Utilities	Total
Goods	7	5 ²⁷	12
Services	11 ²⁸	9 ²⁹	20
Works	1	1	2
Total	19	15	34

Source: calculation based on TED data

Table 2: Joint cross-border procedures, value of contracts awarded by type of procurement, 2017

Procurement of	Million euros		
	Classical	Utilities	Total
Goods	57.2	53.0	110.4
Services	14.0	6.6	20.6
Works	91.2	7.8	99.0
Total	162.4	67.5	230.0

Source: calculation based on TED data

²⁷ In two cases the contract was not signed, however; in one case as the procurement was unsuccessful; in another one the procedure was cancelled.

²⁸ Two of these procedures were cancelled.

²⁹ One procedure was cancelled.

In broad terms, the share in value terms of goods, services, and works in joint cross-border procurement via the Classical Directive was similar to that for total procurement. In joint cross-border cases, services represented 9% of the total³⁰, works 56%, and goods 35%. With regard to contracts granted by utilities, in 2017 the share of services was 10%, works 12% only, and that of goods 79%. Therefore, utilities' contracts were highly concentrated in the purchase of goods in comparison with the data for all procurement (where the share of goods was three times lower, at 26%).

5. THE PROJECTS: WHAT IS PURCHASED AND WHY

5.1 A possible taxonomy of joint cross-border procurement projects

The first point that stands out in the cases observed is that most of them related to projects aimed at improving the connection between different countries via a network, be it relating to transport (maritime, roads, etc.), an electricity cable or a gas pipe. Here, the cross-border procedure proves an excellent tool for transnational projects/tasks in a multi-administration environment. For instance, this applies in the case of waterway management of the Danube,

³⁰ The provision of services in joint cross-border contracts is expected have some similar patterns to the sale of services from a provider located in another Member State. The latter depends on geographical proximity and language barriers; moreover, certain services are non-tradable as they cannot be produced and delivered in separate locations. See VVA Consulting, London Economics, Joint Institute for Innovation Policy (JIIP), study for the European Commission, Directorate General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship, and SMEs, Measurement of impact of cross-border penetration in public procurement, Final Report, February 2017, <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5c148423-39e2-11e7-a08e-01aa75ed71a1>.

which flows across several countries, and for which establishing a comprehensive monitoring system inevitably requires close coordination between different administrations. In other cases, the goods, works or services procured are necessary to carry out activities taking place at the border (e.g. this is the case for activities to aid navigation between two countries). In table 3 and graph 2 below, projects are classified under the heading ‘transnational projects’ and are characterised by an inherent geographical element. In all those cases, having separate tenders, in the event of delay or withdrawal of one of the tenders, would run the risk of making the purchase technically senseless³¹. Of course, separate tenders would have also multiplied the uncertainties and the administrative cost of the overall process.

Other reasons can push buyers to voluntarily aggregate demand across borders. Such cases are relevant in policy terms since they indicate a genuine interest in pooling demand and sharing knowledge. The buyers’ objectives are illustrated in section 10. In the following table 3, such projects are classified under the heading ‘*demand-pooling projects*’ involving foreign buyers.

Three further categories are worth including in a taxonomy of joint cross-border projects, as follows.

- 1) Defence projects for the purchase of weapons, munitions, and other war material. Although some of the objectives would essentially be the same as those relating to the purchase of non-military equipment (economies of scale, less

³¹ Op. cit. footnote 9.

duplication, lower maintenance and follow-up costs, better interoperability³²), these projects imply cooperation at the level of the States. Furthermore, the overarching objectives of two States in procuring weapons jointly would be grounded on different pillars (solidarity, close historical relations, membership in a common alliance, etc.) from those concerning the purchase of non-military goods or services³³. In 2017, no contract was recorded regarding procurement under the Defence Procurement Directive. However, the procurement activities of the Nato Support and Procurement Agency (NSPA)³⁴, for instance, fall in this category.

2) Procurement of innovative solutions³⁵. Here, cooperation between buyers from different Member States would also be led by risk sharing and sharing the cost of trials, or putting together specific resources (human or financial) to experiment, develop or evaluate innovations. Some of these features would be typical of these types of innovative projects only (e.g. risk sharing), while others would be common to any joint cross-border projects (sharing of know-how and resources). Furthermore, the individual purchase may be too small for companies to make the

³² European Commission, European Polical Strategy Centre, “*Joining Forces. The Way Towards the European Defence Union*”, EPSC Brief, 14 February 2019, https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/epsc_brief_defenceunion.pdf.

³³ G.M. Racea and C.R. Yukins, ‘Introduction. The Promise and Perils of Innovation in Cross-Border Procurement’ in *Joint Public Procurement and Innovation. Lessons Across Borders*, coll. Droit Administratif/ Administrative Law Collection, Brussels, Bruylant, 2019.

³⁴ NSPA covers five areas. Systems procurement and Lyfe Cycle Management is one of them. <https://www.nspa.nato.int/en/organization/procurement/procurement.htm>

³⁵ OECD, Public Procurement for Innovation- Good practices and strategies, OECD Public Governance Reviews, 2017

effort of coming forward with innovative solutions. The HAPPI project³⁶ belongs to this category.

3) Projects to ensure access to health technologies, and the security of supply and availability of medical products³⁷. The joint procurement of vaccines carried out by the Baltic States between 2015 and 2018 falls in this category³⁸. The lessons learned over the years are significant and range from project management (stakeholder analysis, communication strategy, review of working group procedures, contract management) to procedural aspects (composition of the evaluation commission, market analysis, terminology and language, etc.). Further targets are being discussed in the working group concerned, and may include both medicines and medical devices. In addition, the joint procurement conducted by the Commission (under the Financial Regulation) on behalf of the Member States during the coronavirus pandemic was aimed at ensuring the security of supply³⁹. In emergency situations, security of supply must be ensured. In such situations, the

³⁶ HAPPI project (*Healthy Ageing Public Procurement of Innovations*, funded by the EU. It was aimed at establishing cooperation among health CPBs. The procurement of Citrix software conducted by BBG and SKI also applied the CPB model. See op. cit. footnote 9.

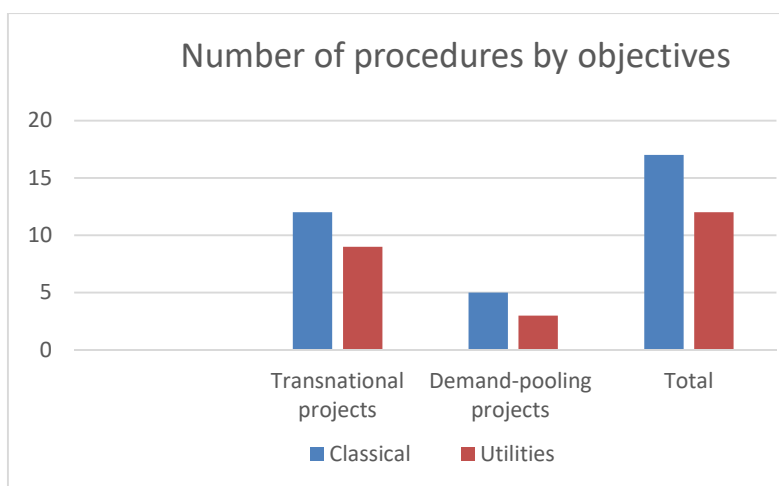
³⁷ Op. cit. footnote 4.

³⁸ Presentation by Medicines and medical devices department in the Health Procurement Group, Estonian Health Insurance Fund, October 2019. It covered BCG (2015), Rotavirus (2016), Pneumococcal (2017), and Rotavirus and Hexavalent (2018). The years refer to the publication of the contract notice and not of the contract award notice (which explains why no case was recorded in 2017).

³⁹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_523

coordination of buyers becomes necessary⁴⁰ to avoid the market playing buyers against each other, leading to soaring prices and ineffective allocation of health equipment. Albano proposed to set up a ‘European (virtual) CPB’ aggregating demand at EU level in emergency situations. The outcome would likely be joint a cross-border procurement procedure.

Graph 2: Number of contracts awarded, by type of procurement, 2017



Source: calculation based on TED data

⁴⁰ G.L. Albano, “*Homo Homini Lupus: On the Consequences of Buyers Miscoordination in Emergency Procurement for the COVID-19 crisis in Italy*”, forthcoming in Public Procurement Law Review, 2020.

Table 3: Percentage of total value of contracts awarded, by type of procurement, 2017

Project classification by objective	Classical	Utilities
Transnational projects	60	21
Demand-pooling projects	40	79
Total	100	100

Source: calculation based on TED data

5.2 Transnational procurement projects

Regarding classical procurement, some relevant projects were as follows.

- A study to provide a comprehensive understanding of rail improvement opportunities at the Polish-Lithuanian border (services), taking into account the parameters of Rail Baltica⁴¹. The contracting authorities were the Lithuanian Ministry of Transport and Communications and Rail Baltica in Latvia, the latter

⁴¹ Rail Baltica is a rail transport infrastructure project with the goal of integrating the Baltic States in the European rail network. The project includes five European Union countries – Poland, Lithuania, Latvia, Estonia, and indirectly also Finland. It will connect Helsinki, Tallinn, Pärnu, Riga, Panevėžys, Kaunas, Vilnius, and Warsaw.

operating as lead buyer. The contract was awarded to a Spanish engineering services firm after an open tender carried out under Latvian procurement law. Tenders could be submitted in English. Consequently, out of the seven offers received, six came from different countries. The project was co-financed by the EU.

- The Danube waterway monitoring system, whose development involved the award of a contract for IT consulting services regarding its technical and operational specifications. The procedure (competitive with negotiation) was carried out under Austrian procurement law and led by the Austrian partner of a group of six public authorities from Austria, Romania, the Slovak Republic, Bulgaria, Croatia, and Hungary partnering in the EU-funded FAIRway project⁴². To attract a large number of bidders, all procurement documents were prepared in English. Bids were accepted in English only. The tender was won by an Austrian SME.
- A bridge over the Danube between Komárom (Hungary) and Komárno (Slovak Republic). The Hungarian National Infrastructure Development Agency and the Slovak Road Administration awarded two open calls for tender, covering the construction works and engineering services. The applicable procurement legislation was Hungarian and both calls were won by Hungarian firms (in one case, by a consortium). All procurement documents were in Hungarian. The project was co-financed by the EU.
- The lighthouse authorities of the UK (including one buyer each from Scotland and England) and Ireland awarded three contracts to support navigation: floating aids,

⁴² Austria, the Slovak Republic, Hungary, Croatia, Bulgaria, and Romania joined forces in a common project (FAIRway Danube) to harmonise the level of service for hydrology, hydrography, and waterway maintenance and improve inland navigation transport. In this context, the parties set up a transnational Waterway Management System consisting of interoperable national systems, feeding a shared database with a minimum set of data (riverbed surveys, water levels, etc.).

maps, and weather-forecasting services. The procurement procedure varied (open procedure in two cases, competitive with negotiation in another one), as well as the award criteria (most economically advantageous tender in two cases, lowest price in another one), and the establishment of a framework agreement (or not), etc. The tenders were all run under English procurement law.

Utilities Directive

Most contracts awarded in 2017 concerned the integration of the European electricity system, with the aim of completing the European energy market. Interconnection also allows electricity to be exported to markets and users in other countries. Contracts included: the ‘Celtic Connector’ between Ireland and France; an investigation into a possible new connector between Belgium and the UK; and several procedures to connect grids between Denmark and Germany; the Netherlands and Germany; Denmark and Poland; and Finland and Estonia.

In particular, services were purchased for laying down cables and connectors (e.g. seabed surveys in relevant maritime zones, mine sweeping services, and engineering services). A few contracting entities were involved in several procedures, which seems to indicate a positive experience of those they had already managed previously.

Two further procedures related to the production, transport, and distribution of gas (one of them related to the construction of the Baltconnector pipeline⁴³, a bi-directional natural gas pipeline linking Finland and Estonia. One of the utilities took part in several calls

⁴³ The Baltic Pipe Project is a strategic gas infrastructure project with the goal of creating a new gas supply corridor in the European market. The project is being developed in collaboration between the Danish gas and electricity transmission system operator Energinet and the Polish gas transmission system operator GAZ-SYSTEM.

with buyers from different nationalities. All these projects were EU-funded and carried out with a negotiated procedure.

5.3 *Demand-pooling projects*

It is worth providing a short description of the object of these demand-pooling projects and procedure, as follows.

- Instrument landing systems (supplies), procured jointly by the German and Dutch traffic control operators. The procedure followed was competitive with negotiation, carried out under German law, and resulted in two contracts. Contractual law was Dutch and German.
- Organisation of cultural events (services) for the International Chemical Olympic Games 2018. The lead buyer was the University of Chemistry and Technology in Prague, buying together with Comenius University of Bratislava, and led by the Prague partner. The type of procedure was open; two bids were received. Bids had to be submitted in Czech only.
- Motor vehicles (supplies). A group of buyers including Paris, Bordeaux, Strasbourg, Brussels, and regional agency of Brussels procured jointly seven different types of electric or hybrid vehicles. The call was split into seven lots, which received between one and four bids each. The procurement procedure was carried out under French law and involved the establishment of a framework agreement. Bids had to be submitted in French.
- Blood testing reagent (supplies). The group of buyers was led by the Irish Blood Transfusion Service (IBTS) and included the UK National Health Service (NHS) and the Welsh Blood Service (WBS). The IBTS ran and administered the open call for a single supplier framework agreement. The NHS and WBS could then avail

themselves of the framework. Irish law was applied to the procurement procedure and to contract performance.

- Energy and related services (services) purchased by the UK NHS (therefore a CPB), which established a multi-supplier framework agreement to provide low-carbon energy-efficient infrastructure services and upgrades to public health facilities in Ireland. 12 bids were received in total. The contract was awarded to a large consortium of 10 suppliers from the UK (mainly) and Ireland.

Demand-pooling projects were therefore very few and concerned only goods or services. In 2017 they represented about one fourth of classic procedures, and one fifth of those of the utilities, indicating the predominance of transnational and geographical elements in joint cross-border procurement awards. However, in value terms the resulting picture is less straightforward. In fact, in value terms the share of demand-pooling projects in the total value of joint cross-border procurement projects was significantly higher. This indicates that, in general terms, demand-pooling projects concerned large contracts. The five procedures recorded varied between 1 million euros for the organisation of cultural event services in the Czech and Slovak Republics and seven lots awarded by several French (Paris, Strasbourg, Bordeaux), and Belgian (Brussels and a utility of Brussels) to purchase various types of electric and hybrid vehicles. The total contracts awarded amounted to over 28 million euros.

Overall, demand-pooling joint cross-border procurement has been used to purchase very different types of products and services, from relatively innovative ones (electric and hybrid cars in 2017) to more traditional services (organisation of an event, catering, etc). However, none of them concerned the purchase of off-the-shelf goods (i.e. mass-produced and readymade, and regularly available goods) even though could have been expected to generate further economies of scale by aggregating separate national markets.

All cases reported in 2017 were open procedures, and this is an obvious consequence of the procurement strategy chosen by the buyers, which was aimed at stimulating choice and competition. In fact, in some cases (on top of procedures taking place in the UK or Ireland) bids were often accepted only in English; likewise, in those cases, tender documents were available only in English. On the one hand, this was aimed at attracting bidders from the EU; on the other, it was necessary to prepare the tender specifications with all partners.

It is to be highlighted that none of the projects received EU funding, which follows from the fact that the projects concerned did not have a transnational nature. However, it also shows that the procurement responded to a need of the buyers, and therefore a relevant budget was allocated to it. Moreover, no procedure was challenged before a court and in general terms no buyer reported particular legal challenges. The main difficulties were related to drafting the terms of reference, or reaching internal agreement with the partners before the procurement itself.

The case under the Utilities Directive involved three large groups of Dutch and German companies seeking to purchase supplies (circuit breakers, insulators, and switches). The buyers' group included some subsidiaries.

6. ELEMENTS OF THE PROCEDURE

Unfortunately, the information available in TED is rather basic and does not allow a deeper analysis of many aspects of the framework agreement or the legal relationship between the various parties involved i.e. the contracting authorities, suppliers, and CPBs as appropriate. Equally, CANs do not include information relating to international agreements or treaties between the Member States concerned providing for a special cross-border procurement regime or to the elements of joint procurement regulated through an agreement by the participating buyers.

In this respect, the parties contacted indicated that the main challenge was reaching an agreement among the participating authorities, setting out responsibilities and the budget share. This preparatory work, although necessary, added time to the procurement procedure. One case specifically concerning an NHS Foundation Trust and an Irish partner required the approval of an inter-governmental partnership and then a memorandum of understanding between the parties.

As already indicated, the Directives provide for alternative ways to implement joint cross-border procurement⁴⁴. In 2017, almost all cases concerned the joint award of contracts or award of a framework agreement by two or more contracting authorities or entities. The CPB model was clearly mentioned in two cases only under the Classical Directive, both involving Irish and British contracting authorities. Some authors have highlighted the legal and administrative difficulties of implementing centralised joint cross-border procurement, i.e. using a foreign CPB⁴⁵. Some further cases are known, beyond the two reported for 2017, as highlighted in the feasibility study already referred to⁴⁶.

⁴⁴ G. M. Racca, "Joint Procurement Challenges in the Future Implementation of the New Directives", in F. Lichère – R. Caranta – S. Treumer (ed. by) *Modernising Public Procurement: the New Directive*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2014, 225-254.

⁴⁵ See in particular I. Herrera Anchustegui, "Collaborative Centralized Cross-Border Public Procurement: Where Are We And Where Are We Going To?" To be published in *Centralização Das Compras Públicas*. A. Sanchez-Graells, "Collaborative Cross-border Procurement in the EU: Future or Utopia?" presented at the workshop on 'Collaborative Efficiency in Government: The Trend, The Implications' *Upphandlingstraattlig Tidskrift* (Procurement Law Journal); A. Sanchez-Graells, "Is Joint Cross-Border Public Procurement Legally Feasible or Simply Commercially Tolerated? – A Critical Assessment of the BBG-SKI JCBPP Feasibility Study", *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, Volume 12 (2017), Issue 2.

⁴⁶ HAPPI project and BBG – SKI. See op. cit. footnote 36.

Here it is worth mentioning one specific case. A British hospital opened a framework contract through its procurement services for the exclusive benefit of an Irish partner. The framework was therefore available for use by public sector bodies in Ireland only, while a separate framework agreement was open to organisations from the UK. The objective of the call was to enable the Irish hospitals to benefit from the significant experience gained by the lead buyer over the years in the provision of energy upgrade services. The project was based on an intergovernmental agreement and therefore an underlying political agreement to support the partner country by offering *de facto* procurement intermediary services.

In 2017, no contract was awarded that took place through a joint legal entity or any other entity established under EU law⁴⁷ by contracting authorities from different Member States, such as a European Grouping of Territorial Cooperation⁴⁸. The latter allows public entities of different Member States to come together under a new entity with full legal personality. As there are currently 74 European Groupings of Territorial Cooperation involving members of more than 20 Member States (and more will become beneficiaries under EU Cohesion Policy), it can be expected that joint procurement could also be launched in the future by the relevant parties.

An important benchmark for comparing joint cross-border and total procurement is the proportion of procurement procedures that are negotiated with a company without a call for bids. With regard to the type of procedure, all procedures included the publication of a call for competition, and no case of direct award was recorded in 2017; for general

⁴⁷ The study referred at footnote 9 covered the Brenner Base Tunnel case in the application of these provisions.

⁴⁸ As established under Regulation (EC) No 1082/2006 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006. The European Grouping of Territorial Cooperation Regulation was established in 2006 and was the first European cooperation structure with a legal personality defined by European law.

procurement the use of a negotiated procedure without prior publication accounted for 5% of procedures in 2017. On the basis of this indicator, the bidder selection process was more transparent and open to competition in the case of joint cross-border procurement than procurement in general. Indeed, the cases and circumstances for direct awards (for instance, absence of competition, extreme urgency) provided for in the Directive⁴⁹ seem difficult to meet in the case of joint cross-border procedures.

Another significant indicator is the proportion of procedures awarded only on the basis of lowest price. It reflects how public buyers choose the companies they award contracts to, and in particular whether they decide based on price alone, or if they also take quality into account. Lowest price was used as the award criterion only in one third of the cases (11 of 33 cases for which data are available), with no significance difference between procedures involving utilities or contracting authorities under the Classical Directive. The choice of criteria obviously depends on what is being purchased, but the indicator for joint cross-border procurement reflects a better performance than general procurement, for which 44% of procedures chose their contractor only on the basis of price.

In general terms, the procurement procedures are all subject to the national law of the lead buyer only; no case has been found in which responsibilities are allocated to different buyers and in which different legislation accordingly applies (a possibility explicitly covered by the Directives). The same clarity is not available in respect of contract law (and often the procurement documents themselves are rather vague about this point). In some cases, the tender resulted in two separate contracts, which were based on the contract law of the place of performance of the contract. In others, buyers indicated that both with regard to procurement and contract law they applied the legislation of the lead buyer, regardless of the

⁴⁹ Recital 50, and Article 32 of Directive 2014/24/EU.

place of performance. In explaining their motives for this decision, the buyers indicated that having the full process subject to the same legislation would have been clearer and simpler for the parties involved.

Several procedures have been run electronically (including the submission of tenders) as the transition to eProcurement set by the Directives was already well advanced in the relevant Member States in 2017 (e.g. this was the case where the lead buyer was Irish or Danish). Therefore, the transition to eProcurement did not appear to be a barrier to joint cross-border procurement. However, national portals for the publication of calls may not allow the publication of calls covering buyers from one or more countries and this, if confirmed, could be a barrier to attracting bidders. The publication in TED, on top of that in the national portal, may complement publication at national level and contribute to resolving this issue.

7. LEVEL OF COMPETITION AND SME PARTICIPATION

CANs published in TED record the number of bids submitted. This is an important indicator of the level of competition in public procurement markets. Competition among bidders for public contracts is one of the main ways of achieving the final aim of public procurement policy, i.e. best value for money. Cases of single bids can be reported for procedures run under the Classical Directive only, as data on the number of bids received are rarely available for procurement conducted by utilities. There were very few cases recorded of a single bid in the case of joint cross-border procurement (five out of 25 awards under the Classical Directive, corresponding to 20% of cases). In comparison, for all procurement at EU28 level the percentage of contract awards for which there was a single bid (excluding frameworks and contracts in frameworks for reporting patterns) was 32%.

In general terms, single bids were less common in joint cross-border procedures, which seems to suggest that this type of procedure does not discourage competition and that the procedural and legal conditions are not too complicated for suppliers. On the contrary, the proportion of single bids was significantly lower than for overall procurement. This means greater competition, which allows more opportunities for buyers to obtain better value for money.

Regarding SME participation, it was possible to identify whether the contractor was an SME for most contracts awarded. Table 4 below illustrates the data, broken down by contracts awarded under the Classical and the Utilities Directives. Most lots were awarded to non-SME firms. This was particularly true for the procedures concerning utilities, where SMEs were able to win only two contracts out of 19 awarded, corresponding to 11% of the total. This was likely to be due to the nature of goods and services published by utilities and the size of the contracts, requiring internal resources which are rarely available to SMEs.

With regard to the procedures managed under the Classical Directive, SMEs were awarded one third of contracts, which was significantly lower than the share of SMEs for all public procurement procedures (54%). This was despite the fact that many of the contracts were of relatively small value. These data seem to suggest that aggregation of demand in two or more cross-border markets does not seem to favour SME participation. This may be for different reasons, including language barriers, different service cultures and contract law requirements, and the fact that a cross-border procedure may itself represent an additional barrier for SME participation. Another significant issue is selling and supplying two or more countries, which may be a severe constraint for SMEs.

Table 4: Number of contracts awarded to SMEs in joint cross-border procurement procedures (1 lot lot = 1 contract) 2017

Lots awarded to	Classical Directive	Classical Directive	Utilities Directive	Utilities Directive
an SME	8	32%	2	11%
non-SMEs	17	68%	17	89%
Total	25	100%	19	100%

Source: calculation based on TED data

Typically, the procedure includes only one lot (27 procedures overall out of 34), indicating that the various geographical markets involved were actually dealt with as a single lot. In those few cases where the procedure included more than one lot (sometimes several ones), this was not used to separate the market in accordance with the geographical markets of the buyers taking part in the procedure. In fact, in the cases assessed the subdivision of lots was necessary to procure specific services or goods corresponding to each lot (sometimes called ‘material lots’).

The proportion of tenders that were divided into lots is also an indicator of how the call design affected the attractiveness of the call for SMEs. For all procurement, in 2017 the percentage of calls for competition that were split into lots was 30.7%. In the case of joint cross-border procurement, a similar value was reached by the utilities (27%); whereas with regard to calls under the Classical Directive only 16% of calls for competition were split into lots. It must, however, be pointed out that joint cross-border procurement has to avoid dividing the joint markets into geographical lots as it would partially weaken its benefits. As

geographical lots seem less likely to be used in this context, the options available to buyers for splitting the call into lots is somehow reduced and this leads inevitably to a lower percentage of calls using lots. On the other hand, It is also true that buyers could still run a joint procedure to make efficiency gains, and then have the contracts awarded on geographical lots.

In addition, no link seems to emerge between aggregation of demand in two or more cross-border markets and the need to set up a consortium or group of suppliers to meet large demand. All contracts awarded to utilities were attributed to a single firm. With regard to calls awarded under the Classical Directive, 10% of contracts were awarded to a group of suppliers, also including SMEs, although it is not possible to assess the actual share of the overall contract allocated to SMEs.

Over 2 trillion euros is spent each year by public authorities and utilities in the EU28 for public procurement, and 545 billion euros is the estimated value of what was published in TED in 2017 (above the EU thresholds). A case-by-case assessment of the impact of procurement on the relevant market and the structure of the market itself⁵⁰ would be necessary to verify the impact of demand aggregation. In 2017 only 230 million euros was procured by buyers from different countries. This was a negligible fraction of the total of public procurement, and in the range of what is published in TED by countries such as Cyprus or Malta.

⁵⁰ In concentrated markets pursuing demand aggregation may further reduce competition and (indirectly) innovation. The excessive aggregation of demand may lead to the creation of a unique buyer.

8. CROSS-BORDER PUBLIC PROCUREMENT – BUYING FROM SUPPLIERS FROM OTHER MEMBER STATES

Direct cross-border procurement occurs where the successful bidder is not located in the same country as the contracting authority/entity and is not domestically owned. In joint cross-border procurement, direct cross-border procurement takes place where the successful bidder is not located in the same country as the contracting authority which is acting as lead buyer. The following table 5 illustrates the situation at lots level.

Table 5: Direct cross-border procurement in joint cross-border procurement procedures – number of lots, 2017

	Classical Directive	Classical Directive	Utilities Directive	Utilities Directive
The winner is not located in the same country as the lead buyer (direct cross-border)	2	8%	11	58%
Winner and lead buyer are located in the same country	22	92%	8	42%
Total ⁵¹	24	100%	19	100%

Source: own calculation based on TED data

⁵¹ The location of the contractor is not available in one procedure, and in the five procedures that have been cancelled (three utilities, and two regarding classical procurement).

Regarding classic procurement, in almost all lots the successful bidder and the contracting authority were located in the same country and so direct cross-border procurement was recorded in 8% of lots. In the two lots concerned, only in one case was the successful bidder located in a different country from any of the buyers involved in the procedure. This might suggest that knowledge of one of the markets concerned, of the procurement procedure and the contract conditions, might still represent a competitive advantage for the successful bidder. A further study focusing on the supplier side would be valuable to determine if these assumptions are accurate.

A completely different picture emerges in the case of utilities. There, 58% of lots were won by bidders located in a different country from that of the lead buyer, showing a high level of openness by utilities to foreign bidders. In the large majority of cases, illustrated in table 5 above, the contractor came from a ‘third Member State’, not included in the buyers’ group. Consequently, as a result of this openness, contracts were awarded to suppliers coming, for example, from Portugal, Italy, and Spain, i.e. countries not represented in any buyer group.

We can benchmark joint cross-border procurement with the data relating to overall procurement in terms of direct cross-border procurement. For all public procurement between 2009 and 2015, the average share of direct cross-border procurement in the number of contract awards issued in the EU was 1.7%. In the same period, the average share in the value of direct cross-border procurement was 3%⁵². The most recent data available refer to 2015, when the share of direct cross-border procurement was 2% in volume terms (number of awards) and 3% in value terms (share of the value of awards). These data are based on the

⁵² Study “Measurement of impact of cross-border penetration in public procurement”, Final report, February 2017, VVA, London Economics, and Joint institute for Innovation Policy for DG GROW Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs.

same source (TED) and methodology (procurement is assessed at award level) as the one used for this assessment of joint cross-border procurement; however, with regard to joint cross-border procurement, the data refer only to 2017. It appears that the level of direct cross-border procurement is significantly higher than for all procurement. Although this does not come as a surprise, what is striking is the magnitude of the difference in volume terms – 25 times for utilities and 4 times for classical procurement.

Another interesting dimension concerns language, which is often considered as a common challenge to direct cross-border procedures. With regard to classical procurement, only in a minority of cases could the bidders place bids in English (apart from procedures where the lead buyer was located in the UK or Ireland). The situation observed in the utilities is the opposite, whereby in the large majority of cases bidders were asked to submit offers in English, possibly alongside the language of the lead buyer. This contributes to explaining the high level of direct cross-border procurement found for utilities. Although comprehensive information is not available regarding the language of the tender documents, in many cases the procurement documents were written in English when it was possible to submit a tender in English.

EU funding may be a stimulus to joint cross-border procedures. Although fewer than 60% of ‘classical’ projects received EU funding, the opposite applied to joint cross-border cases conducted by utilities. Although the number of cases is extremely small and no general conclusions can be drawn, EU funding may have contributed to spurring a buyer’s decision to conduct joint cross-border procurement in just less than half of the awards. Furthermore, none of the demand-pooling projects referred to in section 6 above benefited from EU funding. This shows the willingness of buyers to pursue that procedure to meet a need of the bodies or administrations involved.

Table 6: EU funding for joint cross-border procurement projects, 2017

EU funded projects	Classical Directive	Classical Directive	Utilities Directive	Utilities Directive
Yes	7	37%	9	60%
No	12	63%	6	40%
Total	19	100%	15	100%

Source: own calculation based on TED data

With regard to the cases under the Classical Directive, there were different sources of funding including Interreg (the programme helping regional and local governments across the EU to develop and deliver better policies in response to common challenges, and share solutions) and the Connecting Europe Facility (CEF). The projects relating to the construction of a bridge over the Danube between Hungary and the Slovak Republic, and the one relating to the management of Danube waterways, had both been funded by CEF.

Different types of EU funding vehicles were used by joint cross-border projects of the utilities, including the Energy Programme for Recovery and the energy ‘branch’ of CEF. There, the large presence of EU funding derives from the transnational nature of several of the projects concerned, such as the Baltic Pipe Project (enabling the supply of gas from Poland to the Danish market), the CobraCable (an energy interconnector between the Netherlands and Denmark), the Celtic interconnector (aimed at linking Ireland and France), and the Kriegers Flak-Combined Grid Solution project (connecting the Danish region of Zealand with the German state of Mecklenburg-Western Pomerania via two offshore windfarms, German Baltic 2 and Danish Kriegers Flak).

9. THE SURVEY: BUYERS' OBJECTIVES AND CHALLENGES, AND LOOKING AT CASES IN 2018 AND 2019

A short survey complemented the data presented above. It addressed issues such as objectives and challenges, contract law applied, challenges in court, and the launch of procedures in the following years. This was possible through contacts and a short questionnaire sent to a group of buyers that awarded a contract in 2017 under the Classical Directive. The responses received covered a bit more than half of the contracts awarded in 2017 and mostly (but not exclusively) included 'demand-pooling projects'.

The buyers indicated the objectives that led them to embark on a more challenging adventure such as this one. These included some obvious objectives, such as reaching economies of scale and strengthening their bargaining power (as suppliers are also becoming bigger). This indicates that joint cross-border procurement can be considered from the perspective of changing market dynamics and challenging consolidated market positions. Another objective was related to the existence of strong political support for the initiative⁵³; on such premisses, the participating buyers and their governments agreed to build the capacity of a public body or to achieve common political objectives (e.g. reducing CO2 emissions). One less conventional objective was referred to by some buyers. This concerns the technical dimension of the goods or services procured: maintaining a common hardware base, and the need to realise joint IT systems or infrastructure to be used by different administrations, which requires the harmonisation of the technical interfaces of each component.

⁵³ This is clearly explained in the constraints which impose limitations on joint cross-border procurement in op. cit. footnote 33.

Overall, buyers contacted referred to a positive experience. The challenges reported most frequently were: i) the preparation of the tender documents, which required a joint effort due to different experiences and jurisdictions involved, and added time to the procurement; and ii) setting up the common agreement between the participating authorities. In one case, the project required an inter-governmental partnership, which obviously would not be needed in a national procedure. This was necessary to formalise the relationship between the parties involved and to maximise the fruits of cooperation. In several cases, the main challenges were linked to the coordination of planning (synchronisation of the emergence of the need to purchase), the agreement as to what was being procured, and different regulatory technical regimes existing at local level (e.g. the maximum size of vehicles of the municipality, which are set in relation to the maximum width of the streets in the historical center). In one case, the buyers reported a mixed experience as the market did not react positively and only a few bids were received, or it did not lower prices as expected. However, this view was not common. One buyer mentioned among the challenges the novelty of the procedure for the suppliers (and therefore providing explanations for, and conditions applied at, the different stages) and its publication in TED only (and not in the national portal) was confusing for a supplier.

There are no comprehensive data on whether joint cross-border procedures have been challenged in court. However, all buyers contacted (corresponding to half of contracts awards under the Classical Directive) confirmed that no court was involved. This is a bit surprising, as the legal risk to a joint cross-border procedure may be higher than for a national procedure. Unfortunately, the data collected by the competent authorities about the functioning of the remedies systems across the EU have little coherence. Consequently, it is not possible to calculate an indicator at EU level about the percentage of procurement

procedures that are challenged annually⁵⁴. Nonetheless, the data available indicate that the percentage of the number of first instance reviews initiated is certainly higher than zero, as recorded for the very few cases assessed in this article.

One of the most surprising results is that most parties surveyed repeatedly conducted further joint cross-border procedures in 2018 and 2019. For instance, this was the case for the Danube waterway management project – which used this procedure three times until 2019 and plans to use it for at least three further procurements in the short term. However, other buyers operating in small markets, and whose activity is not transnational, have also voluntarily decided to conduct several procedures, both above and below the EU thresholds. Familiarity and confidence in returning to cross-border collaboration have helped to overcome the transaction costs associated with it.

These are not isolated cases. For instance, the three Baltic States (Estonia, Latvia, Lithuania) have been procuring medical vaccines jointly since 2015, and launched four different open calls between 2015 and 2018, adjusting the way of working along the way. The lead buyer and the parties involved changed over time, as in some cases public authorities from two out of the three States were taking part in the call. Significant savings have been reported, ranging between 10 and 25%⁵⁵.

⁵⁴ As information on national public procurement remedies systems is not collected in a structured manner, the Commission launched a study that gives insights into the situation in the Member States in terms of procedural data collected in the context of national public procurement remedies systems. Study to explore data availability at the national level in order to develop indicators for evaluating the performance of the Remedies Directive, EPRD, RPA, Milieu, August 2018. Available at <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/33981>.

⁵⁵ See op.cit. footnote 38.

In one case, cross-border collaboration is well rooted and dates back to 2014, with 11 contracts awarded over the years, ranging from helicopter services, solar panels, insurance, and batteries to radio navigation equipment and services. This best practice involving Irish, Scottish, and English buyers will be facing some extra hurdles and uncertainties due to Brexit.

Moreover, the use of joint cross-border procurement is extending to more sophisticated and modern procurement procedures. In 2019 the cities of Copenhagen and Oslo launched a Dynamic Purchasing System (DPS) for the qualification of whole-load chargers. The DPS is open until 2025 and results from lengthy preparatory work. The high level of harmonisation in contract legislation between the relevant countries has largely contributed to its implementation (seven bids received, with only four qualified).

CONCLUSIONS

The objective of this article is to carry out a comprehensive assessment of what happens in practice in the EU with regard to joint cross-border procurement. A handful of cases were known before this exercise and in some cases predated the application of the Directives in national legislation⁵⁶.

Recourse to joint cross-border procurement remains rare, although in relative terms far more frequent than expected. There is a group of brave buyers who have repeatedly embarked on joint cross-border procurement and awarded contracts over the years. They have become ‘serial’ users of this new type of purchase. In those cases, the buyers have clearly in mind the benefits of coordinating purchasing activities and of sharing information to improve their procurement outcomes. Familiarity and a common working culture have allowed the

⁵⁶ The most recent case covered by the “Feasibility Study” was implemented in 2016 (BBG SKI). However, the two others refer to 2014 (HAPPI project and BBT SE), while the procedure of EPCO was conducted in 2011.

necessary trust to build among the partners and have created the conditions for this specific form of voluntary public-public cooperation.

In the large majority of cases, the buyers involved are peers, situated at the same level of administration, possibly with similar resources and skills. However, a different model has also been found in which one large buyer supports a smaller body located in another country to build capacity and expertise.

Geographical proximity remains a key element of most projects assessed in 2017. By analogy with import penetration in procurement, geographical, historical and language proximity are all facilitating factors. The motivation for these projects includes economies of scale leading to lower prices and improved conditions, and stronger bargaining power and voice in the market.

However, other factors push buyers to embark on such an endeavour, such as challenging established market dynamics and fragmentation. Technical and legal harmonisation issues are sometimes important factors. Therefore, joint cross-border collaboration becomes a tool to ensure technical harmonisation and the interoperability of different national systems. Thus, for instance in the case of utilities, the buyers' group – who are partners in the construction of a network – requires a degree of technological standardisation for optimised operations and maintenance. Jointly awarding a framework agreement is the solution identified to achieve it successfully.

Regulatory and technical harmonisation of the goods or services to be procured are an important underlying element favouring the use of this procedure. Significant divergence is on the contrary a barrier to its implementation, as well as non-compatible contract law provisions (e.g. regarding the delivery terms) between the buyers involved.

Collaboration in procuring across borders is not associated with gigantic projects or large framework contracts. On the contrary, it is also used for small and below-EU-thresholds procurement. No case of standard or services or commodities (e.g. office furniture, electricity, etc.) was recorded in 2017. Rather, particular goods and services meeting the needs of the buyers are procured in this manner. This may be the result of (or the cause of) less frequent participation by CPBs in this procedure.

Brexit represents a challenge, as many joint cross-border cases reported in 2017 concerned collaboration between British and Irish buyers (while procedures for 2018 and 2019 involved buyers from other Member States). As indicated in the Commission notice on the withdrawal of the UK and EU rules in the field of public procurement⁵⁷, all EU primary and secondary law ceased to apply to the UK from the withdrawal date. The UK then became a 'third country', no longer a member of the EU.

Obviously, one year of observation does not allow conclusions as to whether many of the aspects observed are structural, nor whether there is a pattern evolving over time. A longer data series would be needed for a more in-depth assessment. What emerges from the data is that joint cross-border procurement can be achieved without too many hurdles, and eventually without specific extra public funds. What is really needed is sharing information about practice. Many parties still do not know how to do it or, worse, consider it (almost) impossible. The question is how to make it easier for public buyers to gain access to information about joint-cross border procurement. This article tries to throw a first stone and open up data and information on this novel and challenging procedure.

⁵⁷ In 2018 the Commission published a notice to stakeholders on the withdrawal of the UK and EU rules in the field of public procurement. Notice to stakeholders, Withdrawal of the United Kingdom and EU rules in the field of public procurement, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/public_procurement_en.pdf.

Finally, the European Commission has been supporting joint cross-border procurement over the years, by gathering information and disseminating it⁵⁸, and by encouraging and funding cooperative procurement⁵⁹. In its recent Communication ‘An SME Strategy for a sustainable and digital Europe’⁶⁰ the Commission indicates that it will launch the ‘Big Buyers and Networks Initiative’ to facilitate the joint purchase of innovative and sustainable products. This goes exactly in the direction of fostering cooperation between buyers, lifting barriers through partnership across the borders.

⁵⁸ The study referred at footnote 9 has been widely circulated and presented in various workshops.

⁵⁹ Communication from the Commission, Making Public Procurement work in and for Europe. COM(2017), 572 final, 3.10.2017. <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/25612>

⁶⁰ COM(2020) 103 final, 10.3.2020. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-sme-strategy-march-2020_en.pdf

**LA DISTRIBUZIONE DELLE COMPETENZE IN MATERIA AMBIENTALE
NELL'ORDINAMENTO LOCALE SPAGNOLO SECONDO LA DOTTRINA
COSTITUZIONALE**

Josep Ramon FUENTES i GASO¹

“La brama del potere e dell'avere non conosce limiti. In questo sistema, che tende a fagocitare tutto al fine di accrescere i benefici, qualunque cosa sia fragile, come l'ambiente, rimane indifesa rispetto agli interessi del mercato divinizzato, trasformati in regola assoluta”. FRANCESCO, *Evangelii Gaudium*, 2013².

INDEX

INTRODUZIONE

1. L'EVOLUZIONE DELLE COMPETENZE LOCALI IN MATERIA AMBIENTALE NELLA LBRL, A SEGUITO DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SULLA LRSAL.

1.1. L'evoluzione delle competenze proprie dei municipi: oltre lo 'spazio ambientale urbano'.

1.2. Le competenze dei municipi distinte dalle proprie e da quelle delegate.

1.3. Le competenze dei municipi esercitate per mezzo della delega.

1.4. Lo sviluppo delle competenze delle province.

CONCLUSIONI

¹ Professore Associato di Diritto Amministrativo e Coordinatore delle Relazioni Istituzionali - Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona (CEDAT) - Universitat Rovira i Virgili (URV)

² FRANCESCO, *Evangelii Gaudium*, Esortazione Apostolica sull'annuncio del Vangelo nel mondo attuale, 24 novembre 2013, n. 56, p. 48.

Questo lavoro analizza l'impatto della giurisprudenza costituzionale sulla Legge 27/2013, del 27 dicembre, riguardante la Razionalizzazione e la Sostenibilità dell'Amministrazione Locale, con speciale riferimento all'interpretazione che realizzano le ultime sentenze del 2017 sul nuovo riordino delle competenze locali e con impatto sulle competenze locali in materia ambientale. In concreto, focalizza l'attenzione sull'evoluzione delle competenze proprie dei municipi riguardo al denominato 'ambiente urbano', così come sulle competenze dei municipi distinte dalle proprie e da quelle attribuite per delega e sulle competenze delle Province, con riferimento alle prestazioni di servizi municipali ambientali.

Parole chiave: ambiente, municipio, competenze municipali, provincia.

INTRODUZIONE³

Gli enti locali dispongono di importanti competenze in materia di protezione dell'ambiente ed occupano un ruolo chiave nella gestione degli interessi ambientali⁴, come

³Vid. *in totum*, FUENTES I GASÓ, J. R., “Sobre el ámbito competencial de los entes locales. La interpretación de la jurisprudencia constitucional de su alcance en materia ambiental”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 112, septiembre-diciembre 2018, pp. 49-98; CASADO CASADO, L., “Administración Local: Los Gobiernos Locales ante la nueva Agenda Urbana de la Unión Europea”, in LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Observatorio de Políticas ambientales 2018*, CIEMAT, Madrid, 2018, pp. 541-585; FUENTES I GASÓ, J. R., “Administración local: avances en la precisión del alcance de las competencias ambientales”, in LOPEZ RAMON, F., *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, Madrid, 2017, pp. 607-946; FUENTES I GASÓ, J. R., “El alcance de las competencias locales en materia ambiental tras la jurisprudencia constitucional sobre la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, in JIMÉNEZ-CISNEROS CID, F. J., *Libro Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Reixach*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2018, pp. 173-208.

⁴Si tratta di un ambito dove le competenze municipali hanno una tradizione più forte nel nostro paese, così come hanno segnalato SOSA WAGNER, F., “Las competencias ambientales en el derecho español. La capacidad de ejecución del derecho internacional y comunitario por las comunidades autónomas”, nel *Seminario sobre instrumentos jurídicos y económicos para la protección del medio ambiente. Ponencias y comunicaciones*, Commissione delle Comunità Europee, Asturie, 1990, p. 55; MARTÍNEZ MARTÍN, D. J., “Competencias locales y medio ambiente”, *Derecho y Medio Ambiente*, CEOTMA-MOPU, Madrid, 1981; CASADO CASADO, L., “Las competencias ambientales de las entidades locales: luces y sombras tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de

Pubblica Amministrazione più vicina ai cittadini⁵ che, proprio per questo motivo, risulta la più controllata e dibattuta⁶. Un ripasso generale su quanto avvenuto in materia ambientale

racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n. 32, 2015, p. 3.

⁵ Come afferma NAVARRO RODRÍGUEZ, oltre al fatto che molti problemi ambientali abbiano carattere globale e trascendano le frontiere locali, deve mantenersi l'importanza dell'azione locale-specialmente dei municipi-, in quest'ambito, per il carattere di Amministrazione prossima ai cittadini. *Vid.* NAVARRO RODRIGUEZ, P., “Las competencias medioambientales de los entes locales tras la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 46, 2018, p. 80.

⁶ In tal senso, GARCÍA RUBIO afferma che “*esa cercanía de las diferentes corporaciones locales a la ciudadanía hace que las normas que conocemos como 'derecho local' estén sometidas a una mayor controversia, o discusión que otras partes de nuestro ordenamiento jurídico que nos afectan con menor inmediatez, o mayor lejanía como el derecho nuclear o el parlamentario por citar solo algunos ejemplos de especial trascendencia, pero de mucho menor conocimiento general y discusión pública*”. GARCÍA RUBIO, F., *El derecho local tras la “racionalización”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 21.

durante gli ultimi anni, in una situazione di post-crisi economica⁷ e in un contesto di crisi climatica⁸, evidenzia l'importanza della scala locale nella protezione ambientale⁹.

Con l'approvazione della *Ley 27/2013, de 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local* (da qui in poi, LRSAL), s'introducono nell'ordinamento spagnolo importanti modifiche alle competenze ambientali locali, con lo scopo di cercare di eliminare le duplicità nell'esercizio delle competenze – attraverso il principio di “un'Amministrazione una competencia”¹⁰, e conseguire in questo modo la difficile sostenibilità finanziaria.

⁷ Secondo CASADO CASADO, “*el derecho ambiental en España ha experimentado una evolución significativa en los últimos años, en buena medida como consecuencia de la crisis económica. Las transformaciones principales han venido de la mano de los procesos de liberalización, desregulación y simplificación administrativa y han tenido reflejo en las normas ambientales aprobadas en los diferentes niveles de actuación (estatal, autonómico y local)*”. CASADO CASADO, L., “Crisis económica y protección del medio ambiente. El impacto de la crisis sobre el Derecho ambiental en España”, *Revista de Derecho Económico e Socioambiental*, vol. 9, n. 1, gennaio - aprile, 2018, p. 32.

⁸ GIFREU I FONT sottolinea che “*no hay duda de que las administraciones locales también desempeñan un papel destacado en el reto de avanzar hacia un crecimiento sostenible e incluso que promueva un uso eficiente de recursos y combata el cambio climático*”. GIFREU I FONT, J., “La integración de medidas de eficiencia energética en la edificación a la vista de los objetivos de la UE para los Horizontes 2020-2030. Las redes *district heating and cooling*”, *Revista Catalana de Dret Ambiental (RCDA)*, vol. X, n. 1, 2019, p. 4.

⁹ Vid. FUENTES I GASÓ, J. R., “Administración local: avances en la precisión del alcance de las competencias ambientales”, in LÓPEZ RAMÓN, F., *Observatorio de Políticas Ambientales 2017*, Madrid, 2017, pp. 607-946; CASADO CASADO, L., FUENTES I GASÓ, J. R., “Administración local: incertidumbre sobre el alcance de las competencias ambientales”, in LÓPEZ RAMÓN, F., *Observatorio de Políticas Ambientales 2015*, Madrid, 2015, pp. 583-634; CASADO CASADO, L., “Administración Local: Los Gobiernos Locales ante la nueva Agenda Urbana...”, *op. cit.*, pp. 530-576.

¹⁰ Principio per nulla pacifico all'interno della dottrina. Vid. FONT I LLOVET, T., GALÁN GALÁN, A., “Racionalización y sostenibilidad de la Administración local: ¿es esta la reforma?”, in FONT I LLOVET, T., GALÁN GALÁN, A. (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2012*, Fundación Democracia y Gobierno Local - Instituto

La LRSAL traccia un nuovo sistema di ripartizione delle competenze mediante una ridefinizione e riclassificazione delle competenze municipali previste nella *Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local* (da qui in poi, LBRL), la legislazione quadro sugli enti locali¹¹. Tale riclassificazione risulta essere, probabilmente, uno degli aspetti fondamentali della riforma introdotta dalla LRSAL: in virtù di essa, le entità locali possono esercitare competenze distinte rispetto alle proprie e a quelle delegate, solo quando non venga messa a rischio la sostenibilità del bilancio municipale e non si produca un' esecuzione simultanea dello stesso servizio pubblico con un'altra Pubblica Amministrazione¹².

Questa previsione generale si materializza nel nuovo articolo 7 LBRL, stabilendo un nuovo paradigma, probabilmente il più significativo della Legge, rispetto alle competenze

de Derecho Público, Barcelona, 2013, pp. 14-15; TOSCANO GIL, F., "Las competencias municipales", in CARRILLO DONAIRE, J. A., NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos, La Ley, 2014, pp. 89-119.

¹¹ Come afferma VELASCO CABALLERO, l'asse della LRSAL sta nell'intento di ridurre l'attività municipale, come probabile fonte del deficit finanziario. *Vid.* VELASCO CABALLERO, F., "Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local", *Anuario de Derecho Municipal 2012*, Instituto de Derecho Local - Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 4.

¹² FORCADELL I ESTELLER, F. X., "Aproximación crítica a los principales cambios en la legislación de régimen local como consecuencia de la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", in SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación y Gobierno Local, Madrid, 2013, pp. 59-61.

municipali. Così, in sostanza, la LRSAL, cercò di attuare una riduzione e un riordino delle competenze attribuite agli enti locali¹³.

La citata LRSAL generò un importante rifiuto politico e dottrinale¹⁴: parte della dottrina considerava non accertata la pianificazione della legge, facendo riferimento ad alcuni degli interrogativi ed incertezze sul nuovo modello di delimitazione delle competenze stabilito dalla LRSAL per i soggetti chiamati ad applicarla¹⁵. Alle molteplici critiche dottrinali¹⁶ devono inoltre aggiungersi le numerose questioni di legittimità costituzionale. Numerosi articoli della stessa Legge furono infatti impugnati da differenti autorità legittimate davanti al Tribunale Costituzionale (da qui in poi, TC), allegando differenti motivi di incostituzionalità¹⁷.

¹³ Così evidenzia MEDINA GUERRERO M., *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 36-43. Vedi, inoltre, GARRIDO JUNCAL, A., “Competencias y servicios públicos locales: el nuevo panorama en España tras la LRSAL”, *Dereito*, n. straordinario 1, 2016, pp. 215-228.

¹⁴ Questa norma è stata oggetto di molte critiche dottrinali. Si veda, tra gli altri, FONT I LLOVET, T., GALÁN GALÁN, A., “La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?”, *Anuario del Gobierno Local 2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, giugno, 2014, pp. 11-45; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La reforma de 2013 del régimen local español*, op. cit.; MEDINA GUERRERO, M., *La reforma del régimen local*, op. cit.

¹⁵ Vid. ALONSO MAS, M. J., “El nuevo régimen de las competencias municipales”, in DOMINGO ZEBALLOS, M. J., *Reforma del Régimen Local. La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, Aranzadi, Madrid, 2014, p. 154.

¹⁶ Vid, tra tutti, FONT I LLOBET, T., GALÁN GALÁN, A., “La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?”, op. cit.; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La reforma de 2013 del régimen local español*, op. cit.; MEDINA GUERRERO, M., *La reforma del régimen local*, op. cit.

¹⁷ In totale ci furono 9 ricorsi di incostituzionalità interposti contro la LRSAL. I ricorrenti furono: l'Assemblea di Extremadura, Parlamento e Consiglio del Governo di Andalusia, Consiglio di Governo di Asturia, Governo delle

Ad oggi, si continua a parlare ancora della LRSAL per via delle numerose le sentenze costituzionali (d'ora in poi, STC) ricadute sulla stessa, che hanno contribuito a definire l'evoluzione delle competenze locali, anche in materia ambientale¹⁸. Nel 2016 videro la luce le prime STC sulla LRSAL, che permisero di rischiarare alcuni dubbi riguardanti l'evoluzione delle competenze locali¹⁹ dei municipi così come delle province- in materia

Canarie, Governo e Parlamento della Catalogna ed il Parlamento di Navarra. In questo modo, più di 3000 comuni di tutta la Spagna promossero un conflitto di difesa dell'autonomia locale.

¹⁸ Numerose questioni di legittimità costituzionale interessarono articoli della LRSAL e furono sollevate da vari soggetti legittimati davanti al TC, allegando diversi motivi di incostituzionalità. In totale ci furono 9 questioni di legittimità costituzionale sollevati contro la LRSAL. I ricorrenti furono: l'Assemblea di Extremadura, Parlamento e Consiglio del Governo di Andalusia, Consiglio di Governo di Asturias, Governo delle Canarie, Governo e Parlamento della Catalogna ed il Parlamento di Navarra. In questo modo, più di 3000 comuni spagnoli promossero un conflitto di difesa dell'autonomia locale. Il TC dettò in merito le seguenti sentenze: STC 41/2016, del 3 marzo; STC 111/2016, del 9 giugno; STC 168/2016, del 6 ottobre; STC 44/2017, del 27 aprile; STC 54/2017, dell'11 maggio; STC 93/2017, del 6 luglio; e STC 101/2017, del 20 luglio.

¹⁹ In generale sulle competenze municipali, *Vid.* CEBRIÁN ABELLÁN, M., *El régimen local tras la reforma de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad*, La Ley - El Consultor - Bosch, Barcellona, 2014, pp. 147-275; CARRILLO DONAIRE, J. A., NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (coord.), *La reforma del régimen jurídico de la Administración Local*, op. cit.; CUESTA REVILLA, J., "Las competencias municipales: na aproximación a su nuevo régimen jurídico", in VV.AA., *La revisión del Gobierno y la Administración Local en la Ley 27/2013*, Monografico, Cuadernos de Derecho Local (QDL), n. 34, 2014, pp. 98-125; GIL FRANCO, A. J., "Aproximación al sistema competencial municipal básico diseñado por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Competencias propias versus competencias delegadas", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 4, 2014, pp. 371-382; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., "Competencias municipales: competencias delegadas e impropias", in VV.AA., *La revisión del Gobierno y la Administración Local en la Ley 27/2013*, Monografico, Cuadernos de Derecho Local (QDL), n. 34, 2014, pp. 71-79; SANTAMARÍA PASTOR, J. A., "El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge", in SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 del Régimen Local Español*, op. cit, pp. 139-156.

ambientale²⁰. Ciononostante, nel 2017 il TC dettò cinque nuove STC per risolvere differenti questioni di legittimità costituzionale sollevate contro la LRSAL²¹. Tali sentenze consolidarono i criteri interpretativi fissati nelle precedenti sentenze del 2016 in relazione alle competenze dei municipi e delle province e chiarificarono definitivamente lo sviluppo delle competenze locali in generale e in materia ambientale.

La finalità di questo studio è quella di analizzare l'evolversi della configurazione delle competenze municipali e provinciali nell'ambito ambientale dopo l'approvazione della LRSAL e con l'interpretazione del TC nelle citate sentenze del 2016 e 2017²².

²⁰ STC 41/2016, del 3 marzo, ponente: Andrés Ollero Tassara; STC 111/2016, del 9 giugno, ponente: Antonio Narváez Rodríguez; STC 168/2016, del 6 ottobre, ponente: Juan Antonio Xiol Ríos; e STC 180/2016, del 20 ottobre, ponente: Juan José González Rivas.

²¹ STC 44/2017, del 27 aprile, ponente: Fernando Valdés Dal-Ré; STC 45/2017, del 27 aprile, ponente: Andrés Ollero Tassara; STC 54/2017, del 11 maggio, ponente: Santiago Martínez-Vares García; STC 93/2017, del 6 de luglio, ponente: Encarnación Roca Trías; y STC 101/2017, del 20 luglio, ponente: Alfredo Montoya Melgar), così come di un conflitto in difesa dell'autonomia locale pianificato da 2.393 municipi (STC 107/2017, del 21 settembre, ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

²² Così afferma PRESICCE, *“aunque el TC considera legítima esta operación reductora por parte del Estado, podemos convenir que con la LRSAL se ha producido un deterioro de las competencias municipales “garantizadas”, al reducir el elenco del art. 25.2 LBRL y al reconducir la cláusula general de competencia en las estrictas mallas del art. 7.4 LBRL”*. Vid. in totum, l'eccellente lavoro di PRESICCE. L., *“Las competencias municipales propias, tras la reforma local de 2013 y la jurisprudencia constitucional”*, in CARBONELL PORRAS, E., PIPERATA, G., *La riforma del governo locale in Spagna e in Italia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 173.

1. L'EVOLUZIONE DELLE COMPETENZE LOCALI IN MATERIA AMBIENTALE NELLA LBRL, A SEGUITO DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SULLA LRSAL.

1.1. L'evoluzione delle competenze proprie dei municipi: oltre lo 'spazio ambientale urbano'

Con riferimento alle competenze dei municipi in materia ambientale, l'articolo 25.2 LBRL, in seguito alla riforma avviata dalla LRSAL, dispone, come competenza propria dei municipi²³, oltre al “*abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales*” [(paragrafo c)], il “*medio ambiente urbano*” [(paragrafo b)] e ne elenca il contenuto: in particolare, parchi e giardini pubblici, gestione dei rifiuti solidi urbani e protezione contro la contaminazione acustica, luminosa ed atmosferica nelle zone urbane. Tale disposizione risulta, con la LRSAL, più ridotta rispetto alla competenza precedente di “*protección del medio ambiente*”. L'ambiente urbano si configura, inoltre, come servizio obbligatorio per i comuni di popolazione superiore ai 50.000 abitanti²⁴.

²³ La nuova redazione dell'articolo 25.2, attraverso la tecnica del raggruppamento dei contenuti, sistematizza l'ambito materiale nel quale i municipi svolgono le loro competenze. *Vid*, VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Las competencias municipales propias en el vigente régimen local”, *Revista de Asesoría Jurídica Xeral*, n. 7, 2017, pp. 164-177.

²⁴ Sulla lista di competenze indicata nell'articolo 25.2 LBRL *Vid*, SANTAMARÍA PASTOR, J. A., “El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge”, *op. cit.*, pp. 143-145.

L'articolo citato ha suscitato importanti dubbi interpretativi²⁵: in particolare, se l'elenco delle competenze indicato nel comma 2²⁶, costituisce un tetto massimo di competenze per i municipi o uno minimo, ampliabile dalla legislazione statale settoriale o autonómica (delle *Comunidades Autónomas* o Comunità Autonome, CCAA); in altri termini, si dibatteva se fosse possibile o no attribuire ai municipi ulteriori competenze – come proprie – in materia ambientale, oltre quelle del “*medio ambiente urbano*” o “*abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales*” stabilite dall'articolo 25.2 (per esempio, in materia di protezione dell'ambiente naturale, dunque non urbano). La dottrina maggioritaria era portata a considerare che l'elenco contenuto nell'articolo 25.2 rivestisse la considerazione di un elenco minimo ampliabile dalla legislazione settoriale autonómica, la quale avrebbe potuto dunque aumentare l'elenco delle competenze proprie municipali stabilito dalla LBRL²⁷. Dello stesso parere risultava l'interpretazione contenuta

²⁵ SOUVIRÓN MORENILLA, J. M., “Competencias propias y servicios mínimos obligatorios de los Municipios en la reciente reforma del Régimen Local básico”, in VV.AA., *La revisión del Gobierno y la Administración Local en la Ley 27/2013*, Monográfico, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 34, 2014, pp. 80-97; CEBRIÁN ABELLÁN, M., *El régimen local tras la reforma de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad*, La Ley - El Consultor - Bosch, Barcellona, 2014, pp. 277-280; FERNÁNDEZ-ESPINAR LÓPEZ, L. C., “La nueva reforma local en relación a los servicios públicos y el régimen de intervención en las actividades de los ciudadanos”, in QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), CASARES MARCOS, A. (coord.), *La Reforma del Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 167-242.

²⁶ Si analizzano attentamente le differenti modifiche prodotte nell'elenco delle materie dell'articolo 25.1 LBRL in TOSCANO GIL, F., “El nuevo sistema de competencias municipales tras la Ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local: competencias propias y competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, *Revista Española de Derecho Administrativo (REDa)*, n. 165, 2014, pp. 305-313.

²⁷ Alcuni autori hanno considerato eccessiva la pretensione che la legislazione quadro non attuasse come legislazione di minimo, come un denominatore comune, ma che marcasse un tetto massimo di attribuzione di competenze degli enti locali. In questo senso, *vid.* VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *op. cit.*, p. 168; VELASCO CABALLERO, F., “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto...”, *op. cit.*, pp. 37-38; CASTILLO BLANCO,

della “*Nota Explicativa della Reforma Local*” de 27 ottobre 2016 del *Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas*. Al contrario, parte della dottrina²⁸ così come il *Consejo de Estado* o Consiglio di Stato²⁹ ed il *Consell de Garanties Estatutaries* della Catalonia, mantenevano una posizione totalmente opposta, considerando che l’elenco in oggetto rappresentasse una lista chiusa e tassativa di materie, e dunque un limite massimo di competenze che, pertanto, impediva al legislatore settoriale la possibilità di attribuire, come proprie, competenze non incluse in detto elenco³⁰.

Il TC pose fine alla citata dualità interpretativa, sommandosi all’opinione dottrinale maggioritaria. Nella Sentenza 41/2016³¹, il TC considerò che la nuova redazione dell’articolo

F., “Una lectura de urgencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Diario de Derecho Municipal*, Iustel, 2014.

²⁸ DE DIEGO GÓMEZ analizza i motivi principali che inducevano a considerare che dalle istanze statali si fosse voluto disegnare la lista dell’articolo 25.2 come un tetto massimo. *Vid.* DE DIEGO GÓMEZ, A., “Las competencias municipales en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, con especial referencia a las competencias propias”, *La Administración al día*, INAP, Madrid, 4 luglio 2014, pp. 1-18, file:///C:/Users/39869412-Q/Downloads/INAP_LAD_1503524.pdf

²⁹ Nei suoi pareri 567/2013, del 26 giugno, e 338/2014, del 22 maggio. *Vid.*, JIMÉNEZ ASENSIO, R., “El Proyecto de ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: novedades más relevantes en relación con los borradores del ALRSAL y principales enmiendas aprobadas en el Congreso de los Diputados (parte I)”, *Diario de Derecho Municipal*, Iustel, 2013.

³⁰ D’accordo con PRESICCE, “*la modificación del art. 25 LBRL llevada a cabo por la LRSAL, no sólo requiere requisitos más estrictos en cuanto a la asignación de competencias (...), sino que intenta acotar y circunscribir al máximo las competencias propias de los municipios*”. PRESICCE, L., “Las competencias municipales propias...”, *op. cit.*, p. 163.

³¹ La STC 41/2016 chiarisce i dubbi in merito all’articolo 25.2 LBRL stabilendo se si tratta di un *numerus clausus* di competenze o se si tratta solo un minimo ampliabile. Sull’argomento, *vid.*, CIDONCHA MARTÍN, A., “La garantía

25.2 LBRL, in linea con la precedente, identificasse le materie minime in cui a municipi dovessero essere assegnate “in ogni caso” competenze proprie³². Malgrado ciò, il TC sottolineava che l’elenco non attribuiva competenze specifiche, se non che

*“la atribución en sentido estricto sigue correspondiendo a la legislación sectorial estatal y a las Comunidades Autónomas, cada cual en el marco de sus competencias. El art. 25.2 LBRL sigue funcionando, por tanto, como una garantía legal (básica) de autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) a través de la cual el legislador básico identifica materias de interés local para que dentro de ellas las leyes atribuyan en todo caso competencias propias en función de ese interés local [STC 214/1989, FJ 3 a) y b)]” (Fundamento Jurídico, FJ 10)*³³.

In merito, il TC segnalò che la novità “es la relativa constricción de esa garantía legal como consecuencia de la reducción o supresión de algunas materias incluidas en el listado de la redacción anterior del art. 25.2” (FJ 10)³⁴. Partendo da queste considerazioni, il TC considerò che

constitucional de la autonomía local y las competencias locales: un balance de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 45, 2017, p. 72-78.

³² VELASCO CABALLERO, F., “Duplicidades funcionales de Comunidades Autónomas y entidades locales”, *Anuario de Derecho Municipal 2011*, Instituto de Derecho Local – Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 25-30.

³³ Nello stesso senso, FERNÁNDEZ-FIGUEROA GUERRERO afferma che “la mayor importancia se circunscribe tal y como se señala en la primera de las STC 41/2016 en la posibilidad de que las CC.AA. atribuyan competencias a los entes locales a través de leyes sectoriales”. “Reflexiones en el ámbito local con ocasión de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 49, febrero, 2019, pp. 188-189.

³⁴ *Vid.* VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *op. cit.*, p. 171.

“las leyes pueden atribuir competencias propias a los municipios en materias distintas de las enumeradas en el art. 25.2 LBRL, quedando vinculadas en todo caso a las exigencias reseñadas (apartados 3, 4 y 5). Así resulta del tenor literal del art. 25.2 LBRL, conforme al que las materias enumeradas son solo un espacio dentro del cual los municipios deben disponer "en todo caso" de competencias "propias", sin prohibir que la ley atribuya otras en materias distintas” (FJ 10).

Pertanto

“la interpretación de que las "competencias propias" municipales no son solo las atribuidas dentro de los márgenes del art. 25.2 LBRL resulta igualmente de previsiones generales de la Ley reguladora de las bases de régimen local que han permanecido inalteradas. Así, la precisión de que "las competencias de las Entidades locales son propias o atribuidas por delegación" (art. 7.1 LBRL) e l'obbligo che "la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias", garantiza "la efectividad de la autonomía garantizada constitucionalmente a las Entidades Locales" ed il "derecho" de "los Municipios, las Provincias y las Islas" a "intervenir en cuantos asuntos afecten directamente al círculo de sus intereses, atribuyéndoles las competencias que proceda en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión de la Entidad Local, de conformidad con los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia" (art. 2.1 LBRL).

Rispetto a quest'ultimo punto, la LRSAL ha aggiunto solo un ultimo inciso per includere la “stretta soggezione alla normativa di stabilità di bilancio e sostenibilità

finanziaria” come limite all'attribuzione delle competenze locali (art. 1.1, paragrafo 1)” (FJ 10).

Di conseguenza, il TC escluse l'interpretazione secondo cui i municipi potessero ottenere competenze proprie solo nelle materie enumerate nell'articolo 25.2 della LBRL. Considerò, inoltre, che negare con carattere generale alle CCAA la possibilità di attribuire ulteriori competenze proprie ai municipi ricadenti nel proprio ambito territoriale in qualsiasi altra materia, avrebbe significato invadere le competenze delle CCAA. Per cui,

“en los ámbitos excluidos del listado del art. 25.2 LBRL, las Comunidades Autónomas pueden decidir si, y hasta qué punto, los municipios deben tener competencias propias, pero sujetándose a las exigencias de los apartados 3, 4 y 5 del art. 25 LBRL; además de a las garantías de autonomía local previstas en la Constitución y, en su caso, en los Estatutos de Autonomía” (FJ 10).

In effetti, il TC precisò che l'attribuzione di tutte le competenze proprie -anche quelle relative ad altre materie non incluse nell'articolo 25.2 LBRL si sarebbe dovuta adattare alle condizioni indicate nei commi 3 e 4 dell'articolo 25³⁵ (ossia valutazione della convenienza dell'impianto dei servizi locali d'accordo con i principi di decentramento, efficienza, stabilità e sostenibilità di bilancio; memoria economica che rifletta l'impatto sulle risorse finanziarie delle Pubbliche Amministrazioni interessate ed il compimento dei principi di stabilità, sostenibilità finanziaria ed efficienza del servizio o dell'attività; e dotazione delle risorse

³⁵ Affinchè non resti nessun dubbio sulla questione, il TC spiega che tanto la *voluntas legis* come la *voluntas legislatoris* sono concordi nel considerare che l'attribuzione di tutte le competenze proprie (commi 2, 3 e 4 dell'art. 25 LBRL), anche dunque quelle relative ad altre materie che potrebbero stabilire le CCAA e che non fossero nella lista, deve conformarsi alle condizioni indicate. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *op. cit.*, p. 171.

necessarie per assicurare la sufficienza degli strumenti finanziari delle entità locali senza che ciò comporti uno spreco maggiore da parte delle Pubbliche Amministrazioni³⁶.

Nel caso contrario,

“se llegaría al absurdo de que el legislador básico habría puesto más trabas a la atribución de competencias propias, dentro de las materias que considera de claro interés municipal que, a la atribución de competencias propias en los demás ámbitos materiales, donde el interés local puede ser bajo o inexistente y el riesgo de desequilibrio presupuestario, quizá, más intenso” (FJ 10).

Alla luce di quanto detto, il TC considerò che l'articolo 25 LBRL risultava in linea con il testo costituzionale e, non solo non ledeva la garanzia costituzionale dell'autonomia locale, ma

“eleva el mínimo de autonomía municipal que garantiza la Constitución (arts. 137 y 140 CE), en la medida en que indica específicamente materias de interés local para que las leyes asignen competencias propias en función de ese interés local”³⁷ e “no impide que,

³⁶ Secondo GARCÍA RUBIO, *“debemos aislar en primer lugar los servicios públicos que se corresponden con el ejercicio de la autoridad pública. Hay en el artículo 25 de la Ley reguladora de las bases del régimen local 7/1985, de 2 de abril, muchos ámbitos de actuación que responden a dicho perfil: seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico, protección civil, prevención de incendios, disciplina urbanística, protección del medio ambiente, defensa de consumidores, etc.”. El derecho local..., op. cit., p. 339.*

³⁷ In questo senso, si pronuncia, tra altri, GIFREU I FONT, la quale afferma che il legislatore basico in una interpretazione molto restrittiva dei denominati temi di interesse locale, spianando il cammino ad una vulnerabilità del principio dell'autonomia locale nella misura nella quale si misura questa capacità effettiva dei municipi per regolare ed amministrare sotto la sua propria responsabilità i fatti che le sono propri. *Vid.* GIFREU I FONT, J., “Presentació del Dr. Manuel Zafra Víctor”, in FORCADELL I ESTELLER, X., SABATÉ I VIDAL, J. M., *La*

*en cualesquiera otros ámbitos materiales, siga operando la garantía constitucional de la autonomía local, traducida en que el legislador (estatal o autonómico), al ejercer "su libertad de configuración" "gradúe el alcance o intensidad de la intervención local 'en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias'"*³⁸.

Quanto affermato dalla dottrina e dal TC, porta a considerare che, con riferimento alle competenze proprie dei municipi in materia ambientale, quando l'articolo 25.2 discorre di *"medio ambiente urbano"* fa riferimento ad una materia nella quale le leggi statali ed autonome devono necessariamente attribuire competenze proprie ai municipi. Nulla impedisce, d'altro canto, che le CCAA possano attribuire o togliere ulteriori competenze proprie ai municipi (per esempio, in materia di protezione dell'ambiente), senza altri limiti oltre quelli derivati dalla CE (art. 103.1, 135, 137 e 140), dai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 25 LBRL e, in caso, da quelli previsti dagli Statuti di Autonomia delle CCAA³⁹. In questo modo, l'eliminazione del riferimento alla protezione dell'ambiente nell'articolo 25.2 LBRL e la sua

reforma local. Reptes i oportunitats dels projectes de reforma del règim local impulsats pel govern estatal i el govern de la Generalitat, Diputació de Barcelona, Barcellona, dicembre 2013, p. 45.

³⁸ *Vid.* FJ 12 della STC 41/2016, del 3 marzo.

³⁹ Ciononostante, è necessario sottolineare che il TC si è pronunciato attraverso la STC 41/2016, del 3 marzo e la STC 111/2016, del 9 giugno, ed alcune CCAA, come Galizia, Andalusia, Aragona, Castiglia e Leon o Catalogna, avevano già scartato l'interpretazione restrittiva dell'articolo 25.2 ed avevano attuato di conseguenza approvando differenti strumenti, *vid.* VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *op. cit.*, pp. 172-173; ZAFRA VÍCTOR, M., "Sorprendente normativa autonómica para el desarrollo de la Ley 27/2013 (segunda parte)", *Diario del Derecho local*, Iustel, 2014; GALÁN GALÁN, A., "La aplicación autonómica de la ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica (REALA)*, n. straordinario, 2015, pp. 97-112.

attuale limitazione all'ambiente urbano, non risulta contraria alla garanzia costituzionale dell'autonomia locale. Tale riduzione (e la conseguente esclusione di alcune materie, come l'ambiente naturale) significherebbe unicamente (per il TC) che, in quest'ambito, il legislatore statale ha ridotto il minimo dell'autonomia locale garantita dalla CE e che, sempre in questo ambito, la comunità autonoma ed il legislatore settoriale statale potranno attribuire ulteriori competenze proprie ai municipi, però senza essere obbligati a farlo “in ogni caso”. Così, il legislatore settoriale ambientale conserva la capacità di affidare ulteriori competenze ai municipi negli ambiti ambientali esclusi dall'elenco, rispettando comunque sempre la garanzia costituzionale dell'autonomia municipale (art. 137 e 140) e i principi di efficienza, efficacia e stabilità di bilancio (art. 31.2, 103.1 e 135 CE), oltre alle esigenze derivate dai commi 3, 4 e 5 dell'art. 25 LBRL e, nel caso nelle CCAA, alle indicazioni che eventualmente includano gli Statuti di Autonomia⁴⁰.

1.2. Le competenze dei municipi distinte dalle proprie e da quelle delegate

Riguardo le competenze distinte dalle proprie⁴¹ e da quelle attribuite per mezzo delega⁴², il TC si era già pronunciato nella Sentenza 41/2016, sulla conformità dell'art. 7.4

⁴⁰ Questa interpretazione dell'articolo 25.2 LBRL si mantiene nelle sentenze del 2017, che omettono di pronunciarsi direttamente su questa questione e richiamano solo i due motivi di legittimità costituzionale che chiamò in causa l'Assemblea di Estremadura, motivo per il quale, rimettono alla STC 41/2016.

⁴¹ VELASCO CABALLERO, F., “El nuevo régimen local y su aplicación diferenciada en las distintas Comunidades autónomas”, *Revista Catalana de Dret Públic (RCDP)*, n. 48, 2014, p. 5.

⁴² Rispetto alle competenze delegate, come afferma TOSCANO GIL, quest'opzione del legislatore statale non è innocua, dato che “*apostar por competencias municipales delegadas supone estar por una configuración del municipio como elementos de la organización del Estado, mientras que decantarse por competencias propias supone*

LBRL alla Costituzione Spagnola (da qui in poi, CE). El TC ricordò che l'esercizio di queste competenze non richiede un'abilitazione legale specifica, essendo sempre possibile quando si rispettino una serie di requisiti. Nello specifico, quando non vi è rischio per la sostenibilità finanziaria dell'Amministrazione Municipale; quando non si produca l'esecuzione simultanea dello stesso servizio con un'altra Pubblica Amministrazione; e previo preavviso, di natura vincolante, all'Amministrazione competente per materia (che deve eventualmente segnalare l'esistenza di duplicità) e dell'Amministrazione alla quale è in capo la tutela finanziaria (che deve pronunciarsi sulla sostenibilità finanziaria delle nuove competenze). Nell'opinione del TC, l'art. 7.4 LBRL⁴³, stabilisce, in sostituzione alle regole abilitanti generali, anteriormente contenute negli articoli 25.1⁴⁴ e 28⁴⁵ LBRL, una regola ulteriore che permette ai municipi (e

reforzar su posición de ente autonómico en un Estado descentralizado". "El nuevo sistema de competencias...", *op. cit.* p. 312-313.

⁴³ TOSCANO GIL discute sulla costituzionalità di questo controllo ricordando la dottrina affermata nella STC 4/1981, del 2 febbraio (FJ 3), secondo la quale *"el principio de autonomía es compatible con la existencia de un control de legalidad sobre el ejercicio de las competencias, si bien entendemos que no se ajusta a tal principio la previsión de controles genéricos e indeterminados que sitúen a las entidades locales en una posición de subordinación o dependencia cuasi jerárquica de la Administración del Estado u otras Entidades territoriales"*. *Ibidem, op. cit.* p. 316-317.

⁴⁴ *Id.* GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., "Incidencia de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en las competencias municipales en materia de mercado de abastos", *Revista de Estudios de la Administración Local y autonómica (REALA)*, n. 6, novembre 2016, pp. 86-91.

⁴⁵ Nonostante sia stato eliminato, d'accordo con GÍFREU I FONT, sebbene *"en un principio los tribunales negaron que los municipios pudieran aprobar ordenanzas en materia de eficiencia energética y energías renovables, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo les reconoce esta posibilidad, encuadrándola en las competencias de protección del medio ambiente y de ordenación urbanística, así como en la realización de actividades complementarias de las propias de otras administraciones (esta última competencia ha sido eliminada por la LRSAL)"*. GÍFREU I FONT, J., "La integración...", *op. cit.*, p. 16.

ad altre entità locali) di esercitare qualsiasi competenza, però rispettando esigenti condizioni materiali e formali. Questa previsione

“contiene una habilitación que permite a los entes locales ejercer competencias en cualesquiera ámbitos materiales. Al prever que los entes locales “podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”, el legislador básico viene a atribuir directamente competencias locales en materias de competencia autonómica y, por tanto, en ámbitos donde en principio solo las Comunidades Autónomas tienen capacidad para asignar poder local. Sin embargo, la posibilidad de ejercer esas competencias queda sujeta a exigentes condiciones; entre ellas, informes previos y vinculantes de las propias Comunidades Autónomas. Consecuentemente, no puede afirmarse que el Estado haya atribuido de manera indiscriminada y general competencias locales en materias que los Estatutos de Autonomía reservan a las Comunidades Autónomas, ni que haya sacrificado relevantes intereses supralocales o autonómicos” (FJ 12)⁴⁶.

Per tal motivo, il TC considera che l'art. 7.4 LBRL, “se apoya en intereses supralocales (vinculados a la racionalización de las Administraciones públicas, la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria) para restringir la posibilidad de ejercicio de “competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación”” (FJ11), e non lede nè le competenze statutarie delle CCAA nè la garanzia costituzionale dell'autonomia locale (art. 137, 140 e 141 CE) (FJ12). La lesione dell'autonomia locale si

⁴⁶ D'accordo con GARCÍA RUBIO, “antes, el art. 28 LRBRL habilitaba sólo para la prestación de ‘actividades complementarias’ de las propias de otras Administraciones Públicas, mientras que ahora no se limita el carácter de la intervención, aún excepcional, del ente local, y se enunciaban, aún con carácter no taxativo, los posibles ámbitos de intervención (educación, cultura, promoción de la mujer, vivienda, sanidad y protección del medio ambiente), ahora sin limitación”. *El derecho local...*, op. cit., p. 8.

verificherebbe solo se, attraverso i pareri e i requisiti materiali previsti dall'articolo 7.4 LBRL, si impedisse ai comuni di intervenire nelle materie che li riguardassero, con un grado di partecipazione commisurato all'intensità dei loro interessi⁴⁷.

E tale impossibilità, a giudizio del TC,

“no se produce en el contexto de un modelo básico que atribuye directamente determinadas competencias a los entes locales (art. 26 LBRL), permite a las leyes (estatales y autonómicas) atribuir específicamente competencias propias o, incluso, obliga a que lo hagan "en todo caso" dentro de determinados ámbitos materiales (art. 25.2 LBRL). A su vez, el art. 7.4 LBRL se apoya en intereses supralocales (vinculados a la racionalización de las Administraciones públicas, la sostenibilidad financiera y la estabilidad presupuestaria) para restringir la posibilidad de ejercicio de "competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación"” (FJ 11).

Il TC distinse, inoltre, tra le competenze proprie dell'articolo 25 della LBRL e quelle derivate dall'articolo 7.4 LBRL. Così segnalò che queste si differenziano

“no por el nivel de autonomía de que dispone el municipio que las ejerce, sino por la forma en que están atribuidas. Si las reguladas en el art. 25 LBRL son competencias determinadas por la ley sectorial, las previstas en el art. 7.4 LBRL están directamente habilitadas por el legislador básico, quedando su ejercicio sujeto a la indicada serie de condiciones” (FJ 10).

⁴⁷ Vid. CIDONCHA MARTÍN, A., *op. cit.* p. 68.

In base agli argomenti segnalati, il TC rigettò anche la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 7.4 LBRL, considerandolo conforme a Costituzione. Dall'interpretazione realizzata in merito al citato articolo, secondo la quale questo conterrebbe un'abilitazione in grado di permettere agli enti locali di esercitare le competenze in qualsiasi ambito materiale, deriverebbe, agli effetti che ci interessano, che, in materia ambientale, esiste autonomia per esercitare competenze locali in determinati ambiti, anche laddove manchi un titolo abilitante specifico, sempre rispettando le strette condizioni stabilite⁴⁸.

Tra le sentenze pronunciate nel 2017, possiamo fare riferimento, in relazione con questa questione, alla STC 107/2017, del 21 settembre. La sentenza, che interviene su una questione di legittimità costituzionale sollevata dagli enti locali, obbliga il TC a pronunciarsi su nuove questioni⁴⁹.

Nello specifico, il TC non solo conferma quanto affermato nella Sentenza precedente (STC 41/2016⁵⁰) ma formula anche considerazioni in merito all'articolo 7.4 della LBRL, poiché i ricorrenti introducono nuove argomentazioni in merito.

⁴⁸ Così si consolida l'interpretazione dottrinale secondo la quale le nuove competenze dall'articolo 7.4 LBRL sono, in realtà, "*competencias propias generales*". Si riscontra quest'interpretazione in VELASCO CABALLERO, F., "Reforma de la Administración local: Una nueva distribución territorial del poder", in CASTILLO BLANCO, F., *La reforma del sector público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014, pp. 79-81.

⁴⁹ Per un'analisi di queste sentenze, *vid.* l'eccellente lavoro di CASADO CASADO, L., "Administración Local: Los Gobiernos Locales ante la nueva Agenda Urbana...", *op. cit.*

⁵⁰ CIDONCHA MARTÍN s'interroga su questa interpretazione del TC ed afferma che l'Alto Tribunale eccede nel suo lavoro, "*pues hace decir al legislador lo que no dice en ningún caso, o, para ser más exactos, añade a la disposición contenida en el art. 7.4 LBRL una norma de cosecha propia: la Administración competente emitirá*

Il primo dei motivi apportati, difatti, riguarda la proibizione d'esecuzione simultanea dello stesso servizio prevista dall'articolo 7.4 della LBRL, che, nell'opinione dei ricorrenti, sarebbe direttamente ricollegabile al divieto delle chiamate "*actividades complementarias de las propias de otras Administraciones Públicas*", concretamente quelle relative all'ambito autonomico, "*relativas a la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente*". Il TC nella Sentenza 107/2017 considerò che

"de acuerdo con el artículo 7.4 LBRL, una prestación no queda automáticamente excluida como servicio municipal por el solo hecho de replicar la desarrollada en otro nivel de gobierno, en general, o en el autonómico, en particular, que es el supuesto que importa específicamente a los municipios impugnantes cuando se refieren a las actividades "complementarias" del antiguo artículo 28 LBRL".

Per il TC, dunque, la duplicità delle competenze non deve essere necessariamente contraria alla previsione della prestazione del servizio a livello municipale. Se il servizio che il municipio pretende "duplicare" è - d'accordo con i principi di autonomia locale (art. 137, 140 e 141 CE) e di prossimità (art. 2.1 LBRL) - più consono alla gestione municipale, sarebbe quello il livello adeguato per l'esercizio della competenza.

informe favorable cuando no aprecie duplicidad o cuando aprecie duplicidad pero no pueda justificar, en virtud de una ponderación de intereses, que el servicio no debe prestarlo la entidad local. Esto no lo dice en absoluto la Ley ni tampoco viene impuesto por la CE. Además, por coherencia, si procede exigir ponderación a la Administración que ha de emitir el informe de duplicidad (o no) desde la perspectiva de la autonomía local, ¿acaso no procede también exigir esa misma ponderación a la Administración que emite el informe de sostenibilidad financiera?". Op. cit., pp. 70-71.

Il tutto passerebbe dunque per la ponderazione degli interessi locali ed autonomici involucrati (FJ 3.b). Di conseguenza, il TC considerò che se l'Amministrazione competente per valutare il livello di gestione della competenza avesse emesso un parere negativo, concentrandosi solo sul dato della duplicità delle competenze, senza ponderare gli interessi territoriali in gioco, si sarebbe vulnerata l'autonomia degli enti locali. Questa eventuale vulnerabilità sarebbe imputabile solo ad un'attuazione amministrativa concreta, controllabile tramite gli organi della giurisdizione contenzioso-amministrativa. D'altra parte, il TC affermò che davanti l'assenza di una definizione precisa del concetto di “duplicità”, la competenza di specificarla sarebbe dovuta ricadere sulle CCAA. Affermò dunque che

“los problemas que, bajo la óptica de la autonomía local constitucionalmente garantizada, pudieran derivar del desarrollo o aplicación, por parte de las Comunidades Autónomas, de un concepto excesivamente amplio de “duplicidad” o alejado de sus rasgos conceptuales objetivos serán achacables a ese eventual desarrollo o aplicación, pero no al artículo 7.4 LBRL” (FJ 3.b).

Pertanto, il TC rifiutò che l'articolo 7.4 LBRL avesse escluso l'intervento municipale *a priori* in ambiti di competenza esecutiva autonómica.

Il secondo dei motivi addotti sulla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 7.4 della LBRL si basò sui rapporti stabiliti da questo precetto, che avrebbero dovuto fondarsi solo sulla duplicità e sulla sostenibilità finanziaria. Il TC rifiutò anche questo motivo per due ragioni: considerò che il fatto in sé (che l'art. 7.4 della LBRL confidasse in altre istanze politiche e poteri decisori mediante rapporti vincolanti), non infrange gli articoli 137, 140 e 141 CE. Inoltre considerò non contraria alla garanzia costituzionale dell'autonomia locale, la

possibilità che municipi simili in termini di popolazione o socioeconomici possano raggiungere distinti volumi di competenze.

Il TC analizzò inoltre se l'articolo 7.4 della LBRL – quando assoggetta gli enti locali a quei pareri vincolanti, cosa che costituisce una restrizione dell'autonomia locale – adempie al mandato di predeterminazione normativa derivante dal riconoscimento costituzionale dell'autonomia locale (art. 137, 140 e 141 CE), dato che alcuni aspetti di tale intervento restrittivo sono rimasti normativamente indeterminati.

Su questa questione, il TC concluse che l'articolo 7.4 della LBRL non nega quell'esigenza di predeterminazione normativa, poiché *“establece claramente que los municipios tienen atribuida la competencia para gestionar cualquier asunto de interés municipal a la vez que, con igual claridad, subordina su ejercicio a nada más que dos condiciones materiales”*. In questo modo le Pubbliche Amministrazioni che effettuano i pareri possono mantenere solo la barriera che l'articolo 7.4 LBRL impone inizialmente alla gestione di qualsiasi funzione di interesse locale per ragioni di sostenibilità finanziaria e duplicità delle competenze, essendo non procedenti le considerazioni di opportunità e tenendo comunque sempre in considerazione le garanzie dell'autonomia locale - non solo quelle stabilite nella Costituzione (art. 137, 140 e 141 CE) e nella legislazione quadro (tra altri, gli art. 2.1 e 25.5 LBRL), ma anche quelle eventualmente previste in altre leggi, e quelle previste da alcuni Statuti di Autonomia - . Per il resto, il concetto di sostenibilità finanziaria, anche se non definito nella LRSAL, si ritrova nell'articolo 4 della *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera* (FJ 3.c).

Di conseguenza, il TC affermò che l'articolo 7.4 LBRL risulta pienamente conforme alla CE. Dall'interpretazione realizzata su questa disposizione si può affermare che, in materia

ambientale, esiste autonomia per esercitare competenze locali in determinati ambiti laddove manchi un titolo abilitante specifico, sempre rispettando le esigenti condizioni, formali e materiali, che si stabiliscono.

1.3. Le competenze dei municipi esercitate per mezzo di delega

L'articolo 27 LBRL, dopo la LRSAL, stabilisce una nuova disciplina delle competenze delegate, sottoposta a requisiti più stringenti. Nella questione di legittimità costituzionale presentata contro la LRSAL, l'Assemblea dell'Estremadura sosteneva l'incostituzionalità dell'articolo 27 LBRL in connessione all'articolo 7.4 LBRL e la disposizione addizionale 9 della LRSAL, che imponeva, con data massima 31 dicembre 2014, l'adattamento alla LRSAL delle convenzioni già sottoscritte tra le CCAA e gli enti locali, che stabilivano il finanziamento delle competenze delegate, disponendo che, in caso contrario, tali deleghe non avrebbero prodotto effetti.

La questione presentata considerava che la delega fosse una tecnica strumentale di libero esercizio da parte del titolare della competenza e, per tanto, una formula rispetto la quale la comunità autonoma avrebbe dovuto avere piena disponibilità. Secondo l'opinione del ricorrente, l'articolo 27 LBRL, pur non limitando le materie suscettibili di delega, avrebbe fissato in modo dettagliato le condizioni delle stesse, e ciò si sarebbe potuta considerare un'invasione da parte dello Stato, delle competenze autonome. Allo stesso modo, avrebbe violato la Costituzione al disporre per le CCAA la possibilità di prevedere strumenti di direzione e controllo di opportunità ed efficienza, nei casi in cui detti strumenti avessero impedito ai comuni di svolgere competenze proprie.

Il TC, nella Sentenza 41/2016, non accolse questo argomento e non considerò l'articolo 27 incostituzionale:

“la nueva redacción del art. 27 LBRL, más que ocupar mayor espacio normativo que la versión anterior, altera el sentido político de la delegación de competencias en los municipios. Conforme a la redacción anterior, la delegación servía esencialmente para extender el poder local a competencias cuya titularidad retiene la Comunidad Autónoma o el Estado, por predominar los intereses supralocales sobre los municipales. La delegación permite proteger los intereses locales involucrados (mediante la descentralización del ejercicio de la competencia en los entes locales) sin riesgo para los intereses supralocales que justifican la centralización de la titularidad (siguen tutelados mediante las facultades de dirección y control que se reserva la entidad delegante y que acepta la entidad delegada). El nuevo régimen no es ajeno a esta lógica, pero desarrolla otra hasta ahora menos presente: la delegación como mecanismo de reducción de costes en la gestión de las competencias autonómicas y estatales. El propio precepto dispone que la delegación garantizará la suficiencia financiera del municipio, mejorará el servicio a la ciudadanía, incrementará la transparencia de los servicios públicos y contribuirá a los procesos de racionalización administrativa, evitando duplicidades administrativas y generando un ahorro neto de recursos (apartados 1 y 3)” (FJ 11).

Sulla base di tali argomentazioni, il TC considerò che alcune previsioni dell'articolo 27 LBRL richiamarono direttamente la sufficienza finanziaria del municipio. In questo modo, era possibile ricollegarsi all'articolo 149.1.14 CE, e ad almeno una previsione della normativa quadro locale, ex articolo 149.1.18 CE. Così, in particolare, l'esigenza che la delega dovesse essere sempre accompagnata dal corrispondente finanziamento con la conseguente dotazione di risorse adeguata e sufficiente da parte della Pubblica Amministrazione delegante, per ogni

esercizio economico di riferimento. Inoltre, rispetto all'articolo 27 LBRL nel suo insieme, si deve tener conto che la legislazione quadro degli enti locali comprende i principi e le disposizioni relative agli aspetti istituzionali- organizzativi e funzionali- e le competenze locali, tra le quali quelle delegate. Per questo, il TC osservò che

“a través del precepto controvertido, el legislador básico ha pretendido poner el régimen de las competencias delegadas al servicio de la eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), la eficiencia en el gasto público (art. 31.2 CE) y la estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). El precepto fija un tope temporal (la delegación "no podrá ser inferior a cinco años") y requisitos formales (memoria económica y contenidos de la disposición o acuerdo de delegación) (apartados 1 y 7), pero permanece en el terreno de los principios y criterios generales, precisando que el modo en que las competencias delegadas hayan de ejercerse dependerá de la legislación aplicable; estatal o autonómica, según corresponda (apartado 8). Recoge un listado detallado de competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas "podrán delegar" (apartado 3), pero no impone la delegación ni impide que se produzca en otras materias” (FJ 11).

Inoltre,

“al condicionar la efectividad de la delegación a la aceptación municipal (apartado 5), establece una base destinada a "concretar la autonomía local constitucionalmente garantizada" (SSTC 103/2013, FJ 4, y 143/2013, de 11 de julio, FJ 3). Lo mismo cabe afirmar respecto de otra serie de previsiones que, vinculadas a la suficiencia financiera del municipio fusionado, son bases del régimen local cuando no normas sobre haciendas locales ex art. 149.1.14 CE: el ente local puede renunciar a la delegación si la Administración delegante incumple sus obligaciones financieras o ante la imposibilidad suficientemente justificada de

desempeñar la competencia delegada sin menoscabo en el ejercicio de las competencias propias (apartado 7); puede también compensar las obligaciones financieras incumplidas por la Administración delegante con los créditos que ésta tenga frente a él (apartado 6, párrafo segundo)” (FJ 11)

D'altra parte, i poteri di controllo e direzione, già attribuiti all'Amministrazione delegante nella redazione anteriore della disposizione, sono consustanziali alla tecnica della delega e non suppongono, in nessun modo, vulnerazione della garanzia costituzionale dell'autonomia locale. Il fondamento si ritrova, da un lato, nel fatto che l'ente locale ha la libertà di accettare o rifiutare la delega e, dall'altro, che l'Amministrazione delegante sia titolare della competenza, senza la possibilità di potersi disinteressare degli interessi supra locali che giustificano il fatto che abbia trattenuto tale titolarità.

Nella Sentenza 101/2017, del 20 luglio, il TC ritornò sulla costituzionalità dell'articolo 27 LBRL, risolvendo una nuova questione di legittimità costituzionale fondata su argomenti diversi⁵¹. Così, il Governo delle Canarie, nella questione di legittimità costituzionale contro la LRSAL, difese che l'articolo 27.1 LBRL sarebbe potuto essere interpretato come la proibizione per le altre entità locali di delegare competenze ai municipi del proprio ambito territoriale, che avrebbe portato ad una violazione della garanzia costituzionale dell'autonomia locale. Il TC considerò che, anche se la nuova redazione non menzionava (come faceva la anteriore) altre entità locali, non poteva essere interpretata come una norma destinata a proibire la possibilità per la *Diputación* o consiglio provinciale, il

⁵¹ CASADO CASADO, L., “Administración Local: Los Gobiernos Locales ante la nueva Agenda Urbana...”, *op. cit.*, pp. 234-235.

Cabildo o *Consell Insular* o consigli insulari o il *Ayuntamiento* o consiglio comunale di delegare competenze ai municipi del loro ambito territoriale (FJ 5.c').

Un'altra questione di costituzionalità ricadde sul sesto comma, secondo paragrafo dell'articolo 27 LBRL. Il TC rifiutò tale motivo di impugnazione, poichè

“el artículo 27.6 LBRL recoge un supuesto de compensación de créditos entre distintas instancias políticas, pero, en realidad, no afecta a las relaciones financieras del Estado con las Comunidades Autónomas ni, por tanto, penetra en ámbitos materiales que debieran regular sólo las leyes orgánicas” (FJ 4).

Allo stesso modo, una ulteriore questione si riferì alla possibilità di permettere che lo Stato potesse delegare competenze ai municipi senza considerare la comunità autonoma. Ciò avrebbe potuto vulnerare le esigenze di partecipazione che impone il sistema costituzionale di distribuzione delle competenze. Il TC rifiutò l'argomento affermando che la nuova redazione dell'articolo 27 LBRL, anche se non impone la partecipazione delle CCAA, non la esclude. Le previsioni normative relative ai settori o ambiti materiali a cui si riferiscono le competenze delegate, rispettando il livello di intensità degli interessi autonomi involucrati, possono stabilire molti meccanismi partecipativi per l'integrazione di questi interessi territoriali (FJ 9).

Pertanto, il TC confermò nuovamente la costituzionalità del nuovo regime di delega delle competenze municipali, stabilito dall'articolo 27 della LBRL, nella nuova redazione data dalla LRSAL.

Rispetto all'elenco delle competenze delegate stabilito nel terzo comma dell'articolo 27 LBRL, la STC 54/2017, dell'11 maggio, ricordando la STC 41/2016, affermò che

“el tenor del precepto impugnado en modo alguno admite la interpretación de que las únicas competencias delegables son las específicamente enumeradas en su apartado tres. Tal como subrayó la STC 41/2016, FJ 11 a), el artículo 27 LBRL “recoge un listado detallado de competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas ‘podrán delegar’ (apartado 3), pero no impone la delegación ni impide que se produzca en otras materias” (FJ 3.c).

1.4. L’evoluzione delle competenze delle province

Per quanto riguarda le competenze delle province⁵², la LRSAL ne ha previsto un rinforzo⁵³: sia per quanto riguarda le tradizionali funzioni di cooperazione⁵⁴ ed assistenza sia prevedendo un nuovo ruolo come prestatori di servizi⁵⁵. Per quanto riguarda la prospettiva ambientale, sottolineiamo già da ora la configurazione, come competenza propria delle province, de *“la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de*

⁵² Vid. SARMIENTO ACOSTA, M. J., “La opción por la gestión supramunicipal: la potenciación de las Diputaciones Provinciales y de los Cabildos y Consejos insulares”, in RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., SARMIENTO ACOSTA, M. (dirs.), *Comentarios a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local*, Comares, Granada, 2014, pp. 90-135.

⁵³ Per il principio di sostenibilità finanziaria, vid. MARTÍNEZ PALLARÉS, P. L., “La planta local tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: esperando a Godot”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n. 7, 2014, pp. 70-82.

⁵⁴ Le funzioni di coordinamento si rinforzano nella LRSAL mediante una serie di strumenti. Vid. MEDINA GUERRERO, M., “La reforma del régimen local: una honda transformación de las relaciones intergubernamentales”, in VV.AA., *La revisión del Gobierno y la Administración Local en la Ley 27/2013*, Monografico, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 34, 2014, pp. 147-161.

⁵⁵ Sulle Province dopo la LRSAL, si veda GARCÍA RUBIO, F., “La provincia como entidad local. Un análisis tras la Ley de Racionalización”, SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.), *La reforma de 2013 de régimen local español*, op. cit., pp. 195-303.

menos de 5.000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación” (art. 36.1 c) LBRL). A ciò si aggiunge l'attribuzione alle province della coordinazione, nei municipi con popolazione inferiore a 20.000 abitanti -che rappresentano il 96,19% dei municipi spagnoli-, della prestazione di determinati servizi obbligatori, tra i quali alcuni con caratteristiche ambientali (ad esempio, la raccolta e trattamento di rifiuti, approvvigionamento idrico potabile a domicilio, evacuazione e trattamento di acque reflue e pulizia viaria)⁵⁶.

Per coordinare la prestazione di questi servizi⁵⁷, la provincia deve proporre, in accordo con i municipi interessati e al *Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas*, che dovrebbe darne l'approvazione, la forma della prestazione (art. 26.2 LBRL, diretta, in

⁵⁶ Si osserva un'ampia e complessa applicazione delle competenze provinciali che, come afferma MARTÍNEZ PALLARÉS, si è indirizzato dall'esclusiva prospettiva del contenimento dello spreco e del correlativo monitoraggio del bilancio, a fine di garantire il compimento del principio di stabilità di bilancio ed equilibrio finanziario. *Op. cit.*, pp. 77-78. Così ha manifestato buona parte della dottrina, *Vid.*, tra altri, VELASCO CABALLERO, F., “Nuevo régimen de competencias municipales en el Anteproyecto...”, *op.cit.*, pp. 23-60; MUÑOZ MACHADO, S., “Reflexiones sobre la pretendida reforma del régimen local”, *Diario de Derecho Municipal*, 10 de junio de 2013; PAREJO ALFONSO, L., “Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno municipal”, in VV.AA., *La revisión del Gobierno y la Administración Local en la Ley 27/2013*, Monografico, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 34, 2014, pp. 11-20; SABATÉ I VIDAL, J. M., “El impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, en el régimen de las diputaciones provinciales y entes equivalentes”, *Anuario del Gobierno Local 2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, giugno, 2014, pp. 129-150. Allo stesso modo, si pronuncia il *Consejo de Estado*, nel *Dictamen* o *Parere* 567/2013, 26 giugno, rispetto all'*Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. Affermava, riguardo alla nuova conformazione delle competenze municipali, che “*el juego conjunto de los distintos preceptos que definen el nuevo modelo (en particular, los artículos 25 y 26 y disposiciones concordantes, así como el artículo 7.4 y la disposición transitoria novena, en los que a las competencias impropias se refiere) da lugar a una considerable constricción de la autonomía de los municipios*”.

⁵⁷ *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M., “La coordinación administrativa como concepto jurídico”, *Documentación administrativa*, n. 230-231, 1992, p. 24.

capo alla stessa provincia o attraverso formule di gestione condivisa come per esempio consorzi, confederazioni ed altre formule). I municipi potranno solo assumere la prestazione di detti servizi quando giustifichino che possono farlo ad un costo effettivo minore di quello della propria provincia.

Questa nuova funzione di coordinamento suppone un'alterazione dei meccanismi per conseguire una prestazione di qualità dei servizi minimi, alterando la relazione esistente tra le diverse formule di intermunicipalità. Ciò presenta, oltre a notorie insufficienze tecniche, seri problemi di costituzionalità⁵⁸. I problemi rilevati sono differenti⁵⁹: innanzitutto, ciò poteva supporre una diminuzione delle competenze dei municipi sulla base di un unico criterio, rappresentato dal “costo effettivo del servizio”. In secondo luogo, l'Amministrazione dello Stato assumeva competenze che corrispondevano alle CCAA⁶⁰ ed anche agli enti locali⁶¹. Nelle Sentenze 111/2016 e 168/2016, il TC⁶² ebbe occasione di pronunciarsi sullo

⁵⁸ VELASCO CABALLERO, F., “El nuevo régimen local y su aplicación diferenciada...”, *op. cit.* p. 11-15.

⁵⁹ Su questo avverti anche il *Consejo de Estado* pronunciandosi sul progetto di Legge della LRSAL nel suo *Dictamen* del 22 maggio 2014.

⁶⁰ VELASCO CABALLERO, F., “Reforma del régimen local: la nueva cultura de la intervención”, *Boletín del IDL-UAM*, n. 42, aprile –giugno, 2012, https://www.idluam.org/images/files/boletines/index_def_42_archivos/Page426.htm

⁶¹ Secondo CASADO CASADO, con la crisi economica derivata dalla crisi finanziaria globale “*se confieren al Estado nuevas funciones regulatorias y supervisoras o se refuerzan las que ya tenía, 68 con la consiguiente invasión de ámbitos competenciales propios de las CC. AA. —y también de las administraciones locales— y limitación de su autonomía*”. CASADO CASADO, L., *La recentralización de competencias en materia de protección del medio ambiente*, Institut d'Estudis de l'Autogovern, Barcelona, 2018, p. 46.

⁶² Su questa sentenza, *vid.* ALMONACID LAMELAS, V., “TC versus LRSAL: segundo asalto”, in *Blog Administración Pública* in [legaltoday.com](http://www.legaltoday.com). <http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-administracion-publica/emtc-versus-lrsal-segundo-asaltoem>. CAMPOS ACUÑA, M. C., “Desmontando la LRSAL. Segunda

sviluppo delle competenze proprie delle province⁶³ “di prestazione dei servizi di trattamento dei rifiuti nei municipi con meno di 5000 abitanti, e di prevenzione ed estinzione di incendi in quelli con meno di 20000 abitanti, quando questi non procedano alla loro propria prestazione”⁶⁴. La *Junta de Andalucía*, nella questione di legittimità costituzionale contro la LRSAL, argomentava che lo Stato, sull'attribuzione di questa competenza alle province, avrebbe oltrepassato i limiti del suo titolo compenziale (art. 149.1.18 CE), rendendo vulnerabili le competenze statutarie della Comunità Autonoma di Andalusia in materia di regime locale (arts. 60, 92 e 96 dello Statuto di Autonomia dell'Andalusia) ed avrebbe infranto allo stesso modo la garanzia costituzionale dell'autonomia municipale (art. 137 e 140 CE), scartando il fatto che le attribuzioni previste nell'articolo 36 LBRL, a differenza di quelle regolate nell'articolo 26.2 LBRL -anche questo impugnato- non supportano l'esercizio alla “conformità del municipio”. Senza dubbio, il TC non accolse tali argomenti ed affermò la costituzionalità dell'articolo 36.1.c) *in fine* LBRL, nel quale si stabilisce la competenza in questione. Secondo il TC,

anulación parcial por inconstitucional”, *La Administración Práctica. enciclopedia de administración municipal*, n. 9, settembre, 2016, pp. 47-58.

⁶³ *Vid.* VAZQUEZ PITA, J. M., “Las competencias de los municipios y de las Diputaciones Provinciales”, in RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., SARMIENTO ACOSTA, M. (dirs.), *op. cit.*, p. 48.

⁶⁴ Questa sentenza tratta inoltre delle competenze provinciali, ma a differenza della prima, la STC 41/2016, del 3 maggio, aggiunge una migliore prospettiva di analisi per gli interessi municipali, perché la *Junta de Andalucía* non oppone unicamente la vulnerabilità delle competenze autonome nella regolazione dell'articolo 36 LBRL, ma anche la vulnerabilità della garanzia istituzionale dell'autonomia municipale in relazione al ruolo delle Province. Ciò obbliga il TC a pronunciarsi espressamente su questa questione, senza necessità di aspettare la risoluzione del conflitto in difesa dell'autonomia locale.

“la regulación impugnada no compromete la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE). Al configurar la intervención provincial como subsidiaria de la municipal, no produce estrictamente una injerencia –ni legítima ni ilegítima– en la autonomía municipal. Ciertamente, la Ley reguladora de las bases del régimen local no define con precisión los presupuestos y las condiciones de la asunción provincial ni el procedimiento para articularla, pero ello no resulta en sí problemático en el contexto de una legislación básica que admite el desarrollo autonómico y en el que concurre legislación sectorial del Estado y, en su caso, de las Comunidades Autónomas (como sucede precisamente en materia de tratamiento de residuos así como de prevención y extinción de incendios) [en este sentido, SSTC 271/2015, de 17 de diciembre, FJ 5 a), y 41/2016, FJ 7 c)]. Del mismo modo, la legitimidad democrática indirecta con que cuenta la diputación provincial podrá discutirse políticamente, pero, siendo una opción constitucionalmente posible, no puede alzarse en obstáculo a intervenciones del legislador básico favorables a una ampliación de las competencias provinciales” (FJ 10).

Per questo motivo, il TC considerò che la competenza statale per adottare legislazione quadro sugli enti locali permette allo Stato di adottare delle disposizioni come quelle esaminate, che fa leva sulla provincia per assicurare che anche i vicini delle zone rurali o meno popolate possano accedere ai servizi indispensabili. In realtà, ciò costituisce l'evoluzione di una competenza stabilita genericamente (*“la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcas”*), già prevista nella legislazione anteriore ed il cui carattere di norma quadro, ex articolo 149.1.18 CE, era stato già dichiarato dal TC (STC 103/2013, FJ 5c).

Inoltre, sebbene la LBRL configura il trattamento di rifiuti e la prevenzione ed estinzione di incendi come servizi obbligatori in municipi con più di 5000 e 20000 abitanti, rispettivamente,

“naturalmente, el art. 26.1 LBRL no impide que los municipios que no alcanzan esas barreras poblacionales desarrollen también estos servicios. No les impone la obligación de establecerlos, simplemente; la legislación autonómica sobre régimen local o las regulaciones sectoriales, podrán configurar tales servicios como municipales [STC 41/2016, FFJJ 10 b) y e), 12 b), 13 c)] (FJ 10).

Allo stesso modo, la normativa in questione

“no compromete la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE). Al configurar la intervención provincial como subsidiaria de la municipal, no produce estrictamente una injerencia –ni legítima ni ilegítima– en la autonomía municipal. Ciertamente, la Ley reguladora de las bases del régimen local no define con precisión los presupuestos y las condiciones de la asunción provincial ni el procedimiento para articularla, pero ello no resulta en sí problemático en el contexto de una legislación básica que admite el desarrollo autonómico y en el que concurre legislación sectorial del Estado y, en su caso, de las Comunidades Autónomas (como sucede precisamente en materia de tratamiento de residuos así como de prevención y extinción de incendios) [en este sentido, SSTC 271/2015, de 17 de diciembre, FJ 5 a), y 41/2016, FJ 7 c)]. Del mismo modo, la legitimidad democrática indirecta con que cuenta la diputación provincial podrá discutirse políticamente, pero, siendo una opción constitucionalmente posible, no puede alzarse en obstáculo a intervenciones del legislador básico favorables a una ampliación de las competencias provinciales” (FJ 10).

Nella Sentenza 111/2016, il TC si pronunciò anche sulla costituzionalità dell'articolo 26.2 LBRL, che, come ricordavamo, attribuisce alle province⁶⁵, nei municipi con popolazione inferiore a 20000 abitanti, la prestazione di determinati servizi obbligatori, tra i quali la raccolta ed il trattamento dei rifiuti, il rifornimento di acqua potabile a domicilio, l'evacuazione e il trattamento di acque reflue e la pulizia delle strade. Tutti questi servizi - salvo il trattamento delle acque reflue- sono previsti come servizi che, necessariamente, devono proporzionare tutti i municipi o, almeno, quelli con più di 5000 abitanti, nel caso del trattamento dei rifiuti⁶⁶. Per questo motivo, il TC considerò che si tratta di competenze che la legislazione quadro ha attribuito specificatamente e direttamente ai comuni e che l'articolo 26.2 LBRL non nega la titolarità municipale di tali servizi e la gestione nei municipi con meno di 20000 abitanti.

In quanto alla questione relativa a se la disciplina controversa potesse supporre una lesione alla garanzia costituzionale dell'autonomia municipale (art. 137 e 141 CE) e le competenze statutarie della *Junta de Andalucía*, il TC considerò che non mette a rischio l'autonomia locale costituzionalmente garantita, tenuto conto che il precetto permette al municipio di opporsi a qualsiasi forma di prestazione di questi servizi proposta dalla provincia e, pertanto, a quelle che potrebbero limitare in maniera più decisa la sua autonomia. Dopo aver segnalato che la previsione controversa chiama “coordinamento” le formule che

⁶⁵ L'articolo 26.2 LBRL materializza questa competenza di coordinamento attraverso una tecnica non esente da polemica nella tramitazione della norma e di complessa realizzazione pratica. CAMPOS ACUÑA, M. C., *op. cit.*, p. 56

⁶⁶ GARRIDO JUNCAL sottolinea l'inadeguato uso della parola “coordinazione” e la tecnica legislativa impiegata nell'articolo 26.2 LBRL risulta migliorabile. *Op. cit.*, pp. 217-218; MIGUEZ MACHO, L., “As competencias locais tras a Lei de racionalización e sostenibilidades da Administración local”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 147, 2015, p. 208.

la dottrina costituzionale denomina “collaborazione”, “cooperazione” o, per tutto il resto, “coordinazione volontaria”, il TC insiste che

“conforme al art. 26.2 LBRL, la puesta en marcha de las fórmulas de gestión que planifica la provincia depende, precisamente, de la autonomía municipal. El criterio determinante no es el económico, tampoco la decisión de otras Administraciones públicas; es la voluntad municipal misma. El municipio puede dar o no su conformidad a un plan que condicionará el modo en que ha de gestionar sus servicios. Hay una posible pérdida de autonomía, pues el municipio puede quedar sujeto a la técnica de "coordinación" correspondiente y, en ese caso, solo podría revertir la situación justificando el menor coste efectivo de la gestión incondicionada. Sin embargo, esa pérdida es consentida y, en cuanto tal, no lesiva de la garantía consagrada en los arts. 137 y 141 CE. La pérdida de autonomía municipal se producirá solo eventualmente y únicamente si la acepta el ayuntamiento o, lo que es lo mismo, 'con la conformidad de los municipios afectados'”.

Inoltre, il TC fa notare che la competenza provinciale regolata nell'articolo 26.2 LBRL corrisponde alla enunciata nell'articolo 36.1 h) LBRL (include come competenze proprie delle province “*el seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios de su provincia*”, determinando che “*Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes*”), il cui tenore non getta dubbi neppure sul carattere volontario di queste formule denominate di coordinamento. Si collegano anche direttamente a queste formule volontarie gli stimoli finanziari previsti nella disposizione addizionale 15, sulla “*gestión integrada o coordinada de servicios*”, del *Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de*

marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Conseguentemente, il precetto analizzato non è incostituzionale e non lede l'autonomia locale. Il TC considera incostituzionali gli incisi dell'articolo 26.2 LBRL, che prevedono la proposta da parte della Provincia al *Ministerio de Hacienda y de Administraciones Públicas* della forma di prestazione dei servizi ai quali facciamo riferimento e dunque l'intervento del Ministero per valutare, con il fine di ridurre i costi effettivi dei servizi, la proposta formulata (FJ 12). Il TC stabilisce che l'articolo 149.1.18 CE non disponga la necessità di derivare in favore dello Stato funzioni di carattere esecutivo⁶⁷, così come ha sostenuto il proprio TC reiteratamente (STC 214/1989, FJ 1 y STC 41/2016, FJ 3 a), 5, 6 c) e 7 c)), da lì che debba considerarsi come un'invasione della competenza autonoma l'attribuzione di una funzione di tale carattere in favore del Ministero, nel riferito articolo 26.2 LBRL⁶⁸.

Bisogna precisare, pertanto, che il TC non considera vulnerata l'autonomia municipale, poiché questa competenza provinciale si interseca con quella enunciata nell'articolo 36.1 h), relativa alla sorveglianza dei costi effettivi dei servizi prestati dai municipi della corrispondente provincia, determinando che quando la provincia rilevi che

⁶⁷ D'accordo con CASADO CASADO, è necessario ricordare che *“el Estado, excepcionalmente, también puede ejercer algunas competencias ejecutivas, lo que supondrá, en determinados casos, un desapoderamiento de dichas competencias autonómicas de gestión. Tampoco puede olvidarse el reconocimiento constitucional de la autonomía local que, en relación con la materia que aquí nos interesa, implica necesariamente el ejercicio de determinadas competencias ejecutivas por parte de los entes locales”*. *La recentralización de competencias...*, op. cit., p. 140.

⁶⁸ ARROYO GIL, A., “Otra vuelta de tuerca a la autonomía local”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 38, 2016, pp. 710-712.

questi costi siano superiori a quelli dei servizi coordinati o prestati per questa, offrirà ai municipi la sua collaborazione per una gestione coordinata più efficiente di detti servizi.

Nella Sentenza 107/2017 il TC ha avuto modo di tornare sul carattere determinante della conformità del municipio, per giustificare la costituzionalità del precetto. Uno dei nuovi argomenti utilizzato dai ricorrenti – rispetto all'applicazione dell' articolo 26.6 LBRL riferito alle comunità autonome uni-provinciali –, è che l'attribuzione di funzioni tipicamente municipali ad un livello di governo che attua fuori dalle mura del sistema locale, supporrebbe una lesione del principio costituzionale di autonomia locale. Il TC afferma che province e comuni conformano uno stesso livello di Governo e ciò ha un riflesso costituzionale. A partire da qui, il TC afferma che l'applicazione dell'articolo 26.2 LBRL da parte di comunità uni provinciali, implicherebbe la sottrazione al sistema locale di determinate decisioni relative alla gestione di servizi di titolarità locale *“típicamente municipales”*. Senza dubbio, *“bajo la óptica de la autonomía local, resulta a la postre irrelevante que no haya concejales integrados en la instancia territorial”* che applica il citato precetto, perché il *“municipio conserva en todo caso la capacidad de oponerse”* alla sua applicazione. La questione rilevante è la conformità del municipio e per questo la norma, di per sé, non vulnera l'autonomia locale, neppure qualora venisse applicata da una comunità uni provinciale. In questo modo, si rigetta il nuovo motivo di incostituzionalità relativo all'articolo 26.6 della LBRL.

CONCLUSIONI

Le ultime sentenze del TC del 2017 sulla LRSAL consolidano i criteri interpretativi fissati nelle Sentenze del 2016 in relazione alle competenze dei municipi e le province e

chiarificano definitivamente lo sviluppo delle competenze locali generali e, per quello che interessa il nostro studio, ambientali.

La giurisprudenza costituzionale analizzata ha frustrato gli obiettivi principali della riforma locale che avrebbe voluto operare la LRSAL, soprattutto rispetto al riordino delle competenze.

Da un lato, il TC fa un'interpretazione dell'elenco delle materie su cui i comuni hanno competenze proprie, contenuto nell'articolo 25.2 della LBRL, come *numerus apertus*, per cui esiste la possibilità che il legislatore settoriale, statale o autonomico, attribuisca ai comuni altre competenze come proprie, oltre a quelle incluse nel precetto analizzato. Ad ogni modo, devono essere rispettati i rigorosi requisiti di cui all'articolo 25, comma 3, 4 e 5, della LBRL.

Nello specifico, dal punto di vista ambientale, la riduzione delle competenze comunali all' "*medio ambiente urbano*", risulta in questo modo mitigata, in quanto è possibile attribuire ai comuni ulteriori competenze ambientali che non rientrano in questo concetto (ad esempio, riferiti alla protezione dell'ambiente naturale). D'altro canto, l'interpretazione dell'articolo 7.4 della LBRL consente alle autorità locali di esercitare poteri in qualsiasi ambito materiale, sebbene la possibilità di esercitare tali poteri sia soggetta alle analizzate condizioni rigorose.

Per quanto riguarda le competenze provinciali, va inoltre notato che l'obiettivo iniziale di rafforzare le province attraverso l'ampliamento delle competenze delle stesse si è tradotto in una mera espansione quantitativa di funzioni che sono una semplice specificazione delle attribuzioni strumentali che si erano sviluppate fino a quel momento, senza alcun

apporto dell'attribuzione di competenze materiali o senza il presunto rafforzamento delle funzioni di coordinamento e cooperazione e di assistenza.

Senza dubbio, il dibattito sulle province in Spagna risulta ancora vivo e, d'accordo con una buona parte della dottrina, si dovrebbe procedere ad un cambio costituzionale, non tanto per rinforzare la posizione istituzionale della provincia, ma per renderle flessibili e, pertanto, per eliminarne l'attuale carattere necessario nella struttura ed organizzazione territoriale dello Stato. In questo senso, si può affermare che la provincia *“requiere un final definitivo que actúe sobre el problema originario, es decir, sobre la regulación constitucional”*⁶⁹.

Pertanto, superare la situazione attuale richiede una profonda riflessione giuridica su quali caratteristiche, entro i limiti consentiti dalla Costituzione, debba avere il livello intermedio di governo locale. Ma, indubbiamente, è anche necessario un dibattito politico, al di là degli approcci puramente congiunturali, sul futuro desiderato per i consigli provinciali.

Tuttavia, questa presunta riforma costituzionale che sopprimerebbe la considerazione della provincia come un'entità costituzionalmente garantita non sembra

⁶⁹ ESCRIBANO COLLADO si mostra sostenitore di *“una reforma constitucional que modifique el carácter necesario de la provincia como entidad local y, en consecuencia, la exigencia de un régimen uniforme a nivel estatal, dando entrada en la organización supramunicipal a un principio de diversidad y pluralismo que deberá determinarse por cada comunidad autónoma, de acuerdo con sus intereses, tradiciones y perspectivas de organización territorial”* ESCRIBANO COLLADO, P., “Provincias y diputaciones: una polémica sin proyecto constitucional”, in BAÑO LEÓN, J. M., *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 1996.

praticabile in questo momento nel panorama spagnolo. Di conseguenza, se scartiamo una riforma costituzionale, per ora il margine disponibile per il legislatore statale è minimo.

Ad ogni modo, prescindendo dalla conformazione delle province, resta in sospeso una vera riforma strutturale, integrale e sistematica del modello di governo locale che rispetti il principio fondamentale dell'autonomia locale. Di conseguenza, occorre affrontare la sfida di una riforma costituzionale finalizzata all'autonomia locale.⁷⁰

⁷⁰ In questo senso, tra gli altri, PRESICCE afferma che è necessaria una “*reforma del régimen local que, salvando las positividads introducidas por la LRSAL, intervenga en las cuestiones que se mantienen como zonas grises*”. PRESICCE, L., “Las competencias municipales propias...”, *op. cit.*, p. 181.

**PRINCIPLES IN ENGLISH PUBLIC CONTRACTS
LAW, ETHICS AND ADMINISTRATIVE MANAGEMENT**

Yseult MARIQUE¹

INDEX

INTRODUCTION

**1. PRINCIPLES EMBEDDED IN FORMAL RULES REGULATING PUBLIC
CONTRACTING**

2. PRINCIPLES SHAPING PUBLIC ADMINISTRATION AND ACTION

2.1. Principles of action and behaviour

2.2. Overarching principles: value for money and accountability

2.3. Social and green principles

3. PRINCIPLES DISCOVERED BY JUDGES

3.1. Selected illustrations

3.2. Functions

4. PRINCIPLES AND ACADEMIC SCHOLARSHIP

4.1. General principles: a public law of contract in the making?

4.2. Scholarship on principles specific to procurement

CONCLUSION

¹ Senior Lecturer, School of Law, University of Essex and Research Fellow, FÖV Speyer.

INTRODUCTION

The collapse of Carillion,² a UK government strategic contractor, in 2018, along with repeated problems with railway franchises³ and the infamous « Brexit » ferry contracts⁴ that the UK government had to cancel due to their lack of transparency, have all led to public contracting featuring prominently in the British media recently. Yet public contracts are a relatively new feature in English administrative law.⁵ As a starting point, they are governed by private law and its legal principles. Until the 1970s, questions not addressed by private law were dealt with informally by guidelines, standards or practices developed by departments.⁶ This paper maps how layers of legal, ethical and management principles regulate English public contracts in 2020.

The origins of English public contracts remain in the background, although public contracting (public purchasing and tools to deliver public policies) developed significantly

² I Khadaroo and E Salify, « PFI has been a failure – and Carillion is the tip of the iceberg », *The Conversation*, 24 January 2018.

³ X, « Stagecoach launches legal action over rail franchise competition ban », *The Guardian*, London, 8 May 2019.

⁴ F Topham and L O’Carroll, « Chris Grayling cancels ferry contracts at £50m cost to taxpayers », *The Guardian*, London, 1st May 2019.

⁵ Public procurement is a devolved matter in the UK. In theory, England, Wales, Northern Ireland and Scotland can have different systems. In practice, there seems to be few variations across the UK.

⁶ C Turpin, *Government procurement and contracts* (Longman 1989).

when the UK joined the EEC, in the 1970s.⁷ The UK economy became privatized from the 1980s on, leading public services to be provided through contracts. These new social and commercial relationships have been formalized: legal regulation is now more involved with public contracting to protect public interests, such as the good use of public money, safety, consumer protection, environmental protections etc.⁸ In parallel to these developments public spending became a key factor in the UK economy, which led the HM Treasury to become « *the* central department of government »⁹ and to steer UK public contracting.

With UK membership of the EU also came implementation of EU directives on procurement. As a rule, the UK implements these directives in a formal and literal way.¹⁰

⁷ T Daintith, « Regulation by contract: The new prerogative » (1979) *CLP* 41.

⁸ J Black, « "Which arrow?": Rule type and regulatory policy » [1995] *PL* 94-117. This process has been termed "juridification" by Teubner (« Juridification: Concepts, aspects, limits and solutions » in G Teubner (ed) *Juridification of social spheres* (De Gruyter 1988)) referred to in R Rawlings, « Soft law never dies » in M Elliott and D Feldman (eds), *The Cambridge Companion to Public Law* (CUP 2015) 215-235, footnote 36.

⁹ A Page and T Daintith, *The Executive in the Constitution: Structure, autonomy and internal control* (OUP 1999) 109 (original emphasis).

¹⁰ P Henty, « Implementation of the EU Public Procurement Directives in the UK: the Public Contracts Regulations 2015 » [2015] 3 *PPLR* na74-na80; A Sanchez-Graells, « The copy-out of Directive 2014/24/EU in the UK and its limited revision despite the imminence of Brexit » [2019] 5 *PPLR* 186-200. This approach changed slightly when the *Public Contracts Regulations* 2015 departed from the minimum transposition of the 2014 EU procurement directives to include a few additional

The UK has not been condemned for infringement of EU procurement directives.¹¹ Furthermore, there is little CJEU case law in relation to the EU procurement directives in the UK and few preliminary questions emanate from UK courts.¹²

Overall, this leads the law of public contracts to be a layering of English contract law and European procurement law, with a range of gaps and uncertainty, and a pinch of principles drawn from the systems of the Commonwealth.¹³ In addition, the specific role

obligations for contracting authorities. (S Arrowsmith and S Smith, « The "Lord Young" reforms on transparency of information and selection of firms to be invited to tender under the Public Contracts Regulations 2015: A practical analysis of the legal provisions » [2018] 2 PPLR 75-95).

¹¹ A search in the CJEU database on « action for a declaration of failure to fulfil obligations », « procurement » and « UK » (2.10.2019) returns no cases. The Single Market Scoreboard mentions no pending procurement cases regarding the UK (2019 edition).

¹² A search in the CJEU database on « procurement » and « UK » (2.10.2019) returns only two cases for « general » procurement [*Uniplex* (C-406/08, 13 March 2010, ECLI:EU:C:2010:45) and *Cambridge* (C-380/98, 3 October 2000, ECLI:EU:C:2000:529)] and one for the « special sectors » [*British Telecommunications plc*, C-392/93, 26 March 1996, ECLI:EU:C:1996:13].

¹³ UK judges regularly refer in public law matters to the law applicable to other Commonwealth jurisdictions. For human rights: H Tyrrell, *Human Rights in the UK and the Influence of Foreign Jurisprudence* (Hart 2018). For the proportionality principle: J Rivers, « Proportionality and Variable Intensity of Review » (2006) (65:1) *Cambridge Law Journal* 174-207, 177. This extends to public contracts, especially when the EU directives do not provide for a solution. S Arrowsmith *The law of public and utilities procurement – Regulation in the EU and the UK* (3rd edn, Sweet and Maxwell 2014) 2/110 refers to the law applicable in Commonwealth jurisdictions when discussing the rule on authorisation of funds by Parliament, the leading case being *R v Auckland Harbour Board* [1924]

that public bodies play in public contracts contributes to administrative law becoming increasingly resorted to when disputes arise in relation to public contracts, due to the specific quality of one of the parties – that of the public body. That in principle private law applies in principle in an equal manner to both citizens and public bodies is usually connected to A. Dicey and his approach to the rule of law. The rule of law¹⁴ requires that « *ministers and public officers at all levels must exercise their powers conferred on them in good faith, fairly, for the purpose for which the powers were conferred, without exceeding the limits of such powers and not unreasonably* ». ¹⁵

Analyzing the role of (legal and non-legal) principles in public contracting contributes to mapping if and how public bodies are subject to the rule of law in their spending, policy-implementation and purchasing functions. Principles applicable to English public contracts can be found either in formal statutes and regulations, in the common law or in the soft law documents issued by departments. They can be of a legal ethical or managerial nature. Over time, principles can spread, become formalised or gain new shades of meanings. This is overall a fluid process of legal development, where European constraints on the effect of fostering freedom of movement in the internal market meet the

A.C. 318. Similarly, she discusses the implications of the *Blackpool* implied contract in relation to Canadian case law (*Ibid*, 2/166) and problems related to the content of an implied contract in relation to Australian case law and the Privy Council case law (*Ibid*, 2/167).

¹⁴ The rule of law is a broad and contested church. For one version of it in the UK, see Lord Bingham, *The rule of law* (Penguin 2010). Among the different components highlighted are the following principles: accessibility of the law, law not discretion and equality before the law.

¹⁵ *Ibid*, chap 6, 60.

practical need to ensure the good use of public spending. This leaves scope for general legal principles to provide solutions when gaps or conflicts arise. This paper maps the diversity of principles in English public contracts, highlighting what distinguishes English public contracts from English private contracts.

This paper reads as follows. Section 1 gives an overview of principles regulating public contracting that are embedded in formal rules. Section 2 discusses the principles shaping administrative actions in general and which are thus also applicable to public contracting. Section 3 maps how judges use principles in relation to litigations arising in public contracts. Section 4 flags the contribution scholarship have made to developing legal principles in English public contracts. The conclusions return to the idea of legal principles in public contracting as a way of regulating the use of public discretion according to the rule of law.¹⁶

1. PRINCIPLES EMBEDDED IN FORMAL RULES REGULATING PUBLIC CONTRACTING

The A range of principles apply at each stage of the lives of English public contracts. However, « *judicial tools of public law ... operate at the beginning to determine the capacity to contract and may in extreme case operate at the end to terminate or override the contracts. They do not operate in the space in between. Therein contract law*

¹⁶ The idea that public and private discretions are controlled according to similar standards was put forward in T Daintith, « Contractual discretion and administrative discretion: A unified analysis » (2005) (68:4) *MLR* 554-593.

*reigns. Public law and private law do not mix ».*¹⁷ This section looks at the various stages of the life of public contracting highlighting the legal principles embedded in statutory provisions.

First, the **capacity to contract** is linked to the « *ultra vires* » rule, which seeks to determine whether a contract is valid. The capacity to contract at central level is discussed,¹⁸ but practical problems mostly arise in relation to the powers of local government. Local governments are statutory bodies under English law, and hence enjoy only the capacity that statutes give them. Financial pressures on local governments in the 1980s-1990s led them to be creative in their accounting and contracting.¹⁹ In the “swap” cases, judges decided that local governments had no power to enter into highly speculative financial operations.²⁰ The immediate effect of these decisions was to prevent local authorities from losing huge amounts of money due to mis-investments. The indirect effect was to shatter bankers’ confidence in the commitments local authorities might undertake. A risk arose that banks would refuse to enter into such contracts or make them more

¹⁷ J McLean, « For a law of public contract per se: An intervention from liberal contract theory » (2019) [39:4] *OJLS* 856–877, 862; Y Marique, « Les contrats publics anglais et français entre technique et loyauté » in R Feltkamp and F Vanbossele (eds), *Wilsautonomie, contractvrijheid en ondernemingscontracten – Welke toekomst beschoren?* (Intersentia/Anthemis 2012) 285-333.

¹⁸ A Davies, « *Ultra vires* problems in government contracts » (2006) 122 *LQR* 98.

¹⁹ M Loughlin, « Innovative financing in local government: the limits of legal instrumentalism » (Part 1)[1990] *PL* 372-408 and (part 2) [1991] *PL* 568-599.

²⁰ Eg: *Hazell v Hammersmith LBC* [1992] 2 AC 1.

expensive. To address this issue, the *New Labour Government* adopted an act setting up a procedure ensuring that contracts undertaken by local governments would not be made void.²¹ In parallel, the powers of local governments were expanded in 2000 to include the pursuit of « *economic, social and environmental well-being* ». ²² This did not prevent courts from finding that some contracts undertaken by local authorities were *ultra vires*.²³ The legislature reacted to these findings.²⁴ The *Localism Act 2011* grants local authorities the « *power to do anything that individuals generally may do* ». ²⁵ However, the period since 2010 has been one of sustained financial austerity leading to drastic cuts in local budgets and finances. Again, local authorities have sought to be creative in their financial undertakings.²⁶ The future will show if their creativity remains unchallenged. In any case, the *ultra vires* rule remains relevant for other statutory bodies outside local government.

²¹ *Local Government (Contracts) Act 1997*.

²² *Local Government Act 2000* section 2.

²³ *Brent LBC v Risk Management Partners Ltd* [2009] EWCA Civ 490 (9 June 2009).

²⁴ Before extending powers in general, the Parliament adopted a provision pertaining to the specific issue arising in *Brent* (*Local Democracy, Economic Development and Construction Act 2009* section 34).

²⁵ *Localism Act 2011* section 1.

²⁶ J Braithwaite, « Thirty years of *ultra vires*: Local authorities, national courts and the global derivatives markets » (2018) (71:1) *CLP* 369-402. The general competence granted to local authorities may be delicate in practice.

Regarding the **making of contracts**, the EU directives and their principles of transparency, equality and non-discrimination apply to contracts falling within the scope of the EU directives.²⁷ However, the last transposition of the EU directives added requirements, especially of transparency (namely publication of contract information on the government's Contracts Finder website) that do not flow from the EU directives.²⁸ Thus, the transparency principle is given its own meaning within the English regulations.

For contracts falling outside the EU directives, there is no national legislation in the UK.²⁹ However, some statutory provisions may be relevant: competition is a key principle, even beyond the EU directives. This has been so since at least the *Local*

²⁷ The current transposition of the EU directives is the *Public Contracts Regulations* 2015. Section 18 deals with the principles of procurement.

²⁸ Chap 7-9 *Public Contracts Regulations* 2015. Arrowsmith and Smith above (10) 75-95.

²⁹ E.g. C Turpin, *Government Procurement and Contracts* (Longman 1989); S. Arrowsmith, « Implementation of the New EC Procurement Directives and the Alcatel ruling in England and Wales and Northern Ireland: A review of the new legislation and guidance » (2006) *PPLR* 86.

Government Act 1972.³⁰ Techniques, such as compulsory competitive tendering³¹ and best value³², were introduced in subsequent years with the effect of mandating or encouraging competition. Compulsory competitive tendering had to be carried out by local authorities before awarding a contract inhouse; best value is a process requiring constant improvement in the delivery of public services. Competition is not formally required competition to demonstrate improvement, but competition is a way to demonstrate it.³³ In the case of good performance under best value, broader autonomy is granted to local government.³⁴

³⁰ *Local Government Act 1972* section 135(3): « *Standing orders made by a local authority with respect to contracts for the supply of goods or materials or for the execution of works shall include provision for securing competition for such contracts and for regulating the manner in which tenders are invited, but may exempt from any such provision contracts for a price below that specified in standing orders and may authorise the authority to exempt any contract from any such provision when the authority are satisfied that the exemption is justified by special circumstances* ».

³¹ *Local Government Act 1988*, section 17 (exclusion of non-commercial considerations).

³² *Local Government Act 1999* section 3(1).

³³ *Local Government Act 1999* section 3.

³⁴ CLG, *Best Value Statutory Guidance*, 2011. Case law about this « *best value* » duty has emerged in relation to land redevelopment operations. Section 123 (1) and (2) *Local Government Act 1972* requires local government not to dispose of land « *for a consideration less than the best that can reasonably be obtained* ». Courts have accepted that a local government can choose to proceed through a procurement route or to select their commercial partner after competition (*R (on the application of Faraday Development Ltd) v West Berkshire Council & Anor* [2016] EWHC 2166 (Admin)).

Outside local government, competition is also relied upon when it comes to rights allocations, such as licences or franchises.³⁵ In the case of franchises, the situation is in a state of flux. Currently, competition and direct award can be used for railway franchises,³⁶ which has led to poor results.³⁷ This is undergoing a review in 2019 (based on international comparisons³⁸), with reforms scheduled for 2020.³⁹ This is due to recurring problems with

³⁵ The *Competition Act* 1998 implements competition principles equivalent to those found in article 101 TFEU in the UK. For the general description, see C Harlow and R Rawlings, *Law and Administration* (3rd edn, CUP 2009) 394-402.

³⁶ L Butcher, *Railways passenger franchises*, House of Commons Library, Briefing paper, CBP 1343, 23 May 2018; L Butcher, *Passenger rail services in England*, House of Commons Library, Briefing paper, CBP 6521, 9 January 2018.

³⁷ Eg « *Between September 2014 and September 2017, Govia Thameslink passengers have experienced the worst overall service performance on the national rail network in terms of the number of trains arriving on time* » (NAO, *The Thameslink, Southern and Great Northern rail franchise* (528 HC 2017–2019, 10 January 2018) para 10.

³⁸ With European countries (France, Germany, Italy, the Netherlands, Sweden, and Switzerland) and non-European countries (Australia, Japan, and the USA). Williams Rail Review, *Current railway models: Great Britain and overseas – Country summaries – Evidence paper*, 2019.

³⁹ <https://www.gov.uk/government/news/rail-review-chair-says-franchising-cannot-continue-in-its-current-form>.

some franchises, both at the award level and the performance stage.⁴⁰ Competition is also extended in the National Health Service,⁴¹ where the system is also under revision.⁴²

Contractual performance is mainly the realm of private law principles and management principles. The two main legal principles are sanctity of contracts and privity of contracts.⁴³ The privity principle is now regulated by a legal basis.⁴⁴ The sanctity principle means that contracts are not adapted during the performance unless parties agree to do so. There is no principle of good faith in English contract law and the courts do not allow adaptations for changing circumstances.⁴⁵ This means that only very detailed contractual planning provides an option for contractual parties to vary the contracts during

⁴⁰ L. Butler, « An inspection of rail franchise procurement: first-class regulation for privatised passenger rail? » [2018] 6 *PPLR* 251-278.

⁴¹ *Health and Social Care Act 2012*, part 3 chapter 2 (“competition”). M. Guy, *Competition policy in healthcare – Frontiers in insurance-based and taxation-funded systems* (Intersentia 2018).

⁴² NHS commissioning would be taken out from the procurement regulations but transparency would be maintained (NHS, *The NHS’s recommendations to Government and Parliament for an NHS Bill*, 2019, 3).

⁴³ For a more detailed explanation of these principles, see J Cartwright, *Contract law: An introduction to the English law of contract for the civil lawyer* (Hart 2007).

⁴⁴ *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*.

⁴⁵ S Smith, *Atiyah’s Introduction to the Law of Contract* (Oxford 2005) 164-166; R Brownsword, *Contract Law* (Oxford 2006) 115 (on the adversarial ethics between contractual parties).

its performance (with detailed cases, circumstances, procedures and committees organized in the contracts). The same applies to termination. What was for a long time a matter of case law now has written basis when it comes to contracts regulated by the EU directives: changes of circumstances and contractual variations are now regulated in regulations 72 and 73 *Public Contracts Regulations* 2015.

Judicial control⁴⁶ has not been greatly used in English public contracts. Only with the EU directives on remedies (Remedies Directive)⁴⁷ has the tide started to turn.⁴⁸ Judicial review is not automatically opened against a public contract, because traditionally courts have considered that contracts are typically a private law instrument, even when a contracting party is a public body.⁴⁹

⁴⁶ For a systematic explanation of judicial control, see R Craven, « Controls and litigation of public contracts: The United Kingdom » in L Folliot-Lalliot and S Torricelli (eds), *Oversight and challenges of public contracts* (Bruylant 2018) 109-130.

⁴⁷ First the EU Directive 89/665; then the EU Directive 2007/66.

⁴⁸ Today *Public Contracts Regulations* 2015 (chapter 5) replacing the *Public Contracts Regulations* 2006; S Arrowsmith and R Craven, « Public procurement and access to justice: A legal and empirical study of the UK system » [2016] 6 *PPLR* 227-252 (on the previously applicable regulations).

⁴⁹ S Boyron, « The public-private divide and the law of government contracts: Assessing a comparative effort » in M Ruffert (ed), *The Public-Private Law Divide: Potential for Transformation* (BIICL 2009) 221-244.

As to the awarding of **damages**, the Remedies Directive requires that a damages remedy is opened.⁵⁰ The UK *Public Contracts Regulations* provide for this remedy for loss or damages caused by the breach of duties owed under the Regulations.⁵¹ This is based on principles of tort (*i.e.* a breach of a statutory duty), requiring that the supplier to be put in the same position as if a breach had not occurred.⁵² The Supreme Court has been called on to clarify the relationship between the *Public Contracts Regulations* and the *Francovich* case law, *i.e.* to clarify when damages needed to be made available in cases of breaches.⁵³

Finally, a well-developed system of **financial accountability and audit** applies in public contracting.⁵⁴ The National Audit Office monitors the regularity and value for money (*VfM*) of contracting by central government agencies and the *VfM* of contracting by local government.⁵⁵ According to Arrowsmith, *VfM* translates a fiduciary duty imposed by

⁵⁰ Article 2 (1) c.

⁵¹ Regulations 97 (2) c and 98 (2) c. The *Public Contracts Regulations* 2006 also included a provision for damages.

⁵² Craven above (46) 119.

⁵³ See below Section 3.1.

⁵⁴ A Page and T Daintith, *The Executive in the Constitution: Structure, autonomy and internal control* (OUP 1999); N Meletiadis, *Public-private partnerships and constitutional law – Accountability in the United Kingdom and the United States of America* (Routledge 2018).

⁵⁵ On the system applicable to local government: NAO, *Local auditor reporting in England 2018* (2017–2019 HC 1864, 10 January 2019).

case law under general principles of administrative law.⁵⁶ The regularity of public spending at local level is now regulated by the *Local Audit and Accountability Act* 2014. The actual monitoring has been mainly carried out through Public Sector Audit Appointments Limited (PSAA) since 2014.⁵⁷ The *Local Audit and Accountability Act* 2014 aimed to deliver greater localism, decentralisation and transparency.⁵⁸ These legal provisions are more than principles: they form the basis for sophisticated processes that scholarship sometimes labels as the « audit society ».⁵⁹

Overall, this overview indicates three main features of the principles regulating English public contracts. First, there is no systematic codification of principles, in the sense of a formal « code » as understood in France and its *code de la commande publique*.⁶⁰ This is however no peculiarity of English public contracts as there is no formal code in general

⁵⁶ Arrowsmith, above (13) 2/14 and 2/149.

⁵⁷ <https://www.psaa.co.uk/about-us/> .

⁵⁸ DCLG, *Local Audit and Accountability Bill – A Plain English guide*, 2013, 5.

⁵⁹ E.g.: I Lapsley and J Lonsdale, « The audit society: Helping to develop or undermine trust in government » in M Adler (ed), *Administrative justice in context* (Hart 2010) chap 4. According to Harlow « [t]his gradual building up of an accounting process typifies the pragmatic British approach to constitution-making, which so often substitutes history for theory and machinery for principle » (C Harlow, « Accountability and Constitutional Law » in M Bovens, R Goodin, and T Schillemans (eds), *Oxford Handbook of public accountability* (OUP 2012) 195-210, 196, underlining added).

⁶⁰ M Amilhat, « Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique – Une copie à revoir? » (2019) *AJDA* 793.

in the UK or in England and Wales. No organized collection of legal principles applicable in public contracts can be clearly pinpointed.⁶¹ Secondly, principles are present at all stages of public contracts, but their sources can be very diverse: private common law, administrative common law, EU law or statutes. Thirdly, three types of legal principles can be distinguished: 1) the principles of transparency, equality and non-discrimination, connected to the EU directives and relating to the modalities of parties' behaviour; 2) the common law principles of *ultra vires*, sanctity and privity which can be understood as forming the hard edges of public contracting; 3) competition which has roots both in the EU and English systems and brings public contracting firmly into a market mindset. Across all these principles, the core concern of English public contracts is the pursuit of *VfM*.

2. PRINCIPLES SHAPING PUBLIC ADMINISTRATION AND ACTION

Although Three types of principles shape the ways in which the UK administration takes decisions in general and in particular in relation to public contracts.⁶² First, the administration and civil servants have to comply with principles of good behaviour and a range of soft law instruments help them in their decision-making (2.1). Secondly, public bodies have a double legal obligation, one of accountability and one of pursuing *VfM* when

⁶¹ Soft law documents pertaining to public contracting such the *Handbook on managing public money*, adopted by the HM Treasury and regularly updated provide an overview of key principles applicable to public spending and contracting.

⁶² K Greenawalt, *Statutory and Common Law Interpretation* (OUP 2012) chap 6 (« *Administrative interpretation and the complications it reveals* »).

spending public money. As such, these obligations are enshrined in statutory provisions but their actual operation both requires and generates soft law (2.2). Thirdly, social and green principles are mentioned in soft law documents. Beyond soft law, specific statutes make it mandatory for public bodies to take social and green considerations into account when taking decisions, including contracting (2.3).

2.1 Principles of action and behaviour⁶³

Across the UK administration a range of entities are in charge of developing guidance (documentation, notes or standard terms) for contracting,⁶⁴ in the Cabinet Office,

⁶³ This is of particular importance in an English context not only at a practical level but also at a conceptual level. Contracts are primarily private law techniques. This means that each party is entitled to pursue its own self-interest. However, when it comes to contracts entered in by public bodies, one needs to find a rationale why 1) public bodies do not pursue their own selfish interest but that of the community; 2) officials do not pursue their own preferences but these of the state / public body / community (see McLean above (17) 867). Furthermore, there is a whole research area opening up when it comes to the extent to which public officials are complying with the law in general and in particular in contracting. See *e.g.*: E Apsey and R Craven, « Regulating complex contracting: A socio-legal study of decision-making under EU and UK law » (2018) (81:2) *MLR* 191–221. Add. P Braun, « Strict compliance versus commercial reality: The practical application of EC public procurement law to the UK's Private Finance Initiative » (2003) *European Law Journal* 575.

⁶⁴ Rawlings (above (8)) makes the point that soft law can play different roles, from interpretation to experimentation, to supporting co-operative and co-ordinating arrangements in fragmented governance. One legal principle underpinning English public contracting may be formulated as being the flexible normativity allowed by soft law to shape and reshape public discretion and relationships between public and private parties.

HM Treasury and other related agencies (such as the Infrastructure and Projects Authority⁶⁵).⁶⁶ Currently, two of the most important bodies are 1) the Crown Commercial service located in the Cabinet Office,⁶⁷ which provides policy,⁶⁸ advises and buys goods and services; and 2) the so-called « Government Commercial Function », « *a cross-government network procuring or supporting the procurement of goods and services for the government* ».⁶⁹ For instance, the Crown Commercial Service issues specific guidance in relation to public contracts⁷⁰ and procurement⁷¹. The Government Commercial Function

⁶⁵ <https://www.gov.uk/government/organisations/infrastructure-and-projects-authority>.

⁶⁶ E.g.: the « crown representatives » engaging as a focal point of contact for specific suppliers in order to communicate the governmental view to these suppliers, to seek to identify cost saving and to address cross-cutting issues. (<https://www.gov.uk/government/publications/strategic-suppliers>).

⁶⁷ The details of the administrative machinery supporting public contracts change periodically but the basic features remain. For an overview of the history behind the Crown Commercial Service, see Arrowsmith above (13) 2/05-2/06.

⁶⁸ For instance, it publishes *public policy notes* in relation to procurement. Some of these relate to principles such as Crown Commercial Service, *Procurement Policy Note – Reforms to make public procurement more accessible to SMEs*, Information Note 03/15, February 2015; Crown Commercial Service, *Procurement Policy Note – Update to Transparency Principles*, Action Note PPN 01/17, February 2017.

⁶⁹ <https://www.gov.uk/government/organisations/government-commercial-function/about>.

⁷⁰ <https://www.gov.uk/government/collections/the-public-sector-contract>.

⁷¹ <https://www.gov.uk/guidance/transposing-eu-procurement-directives>.

has issued a policy paper detailing the principles that should direct public contracting.⁷² The purpose of this policy paper « *is to set expectations and drive consistency in the planning, management and execution of commercial activities, ensuring contracts and relationships with suppliers realise value for money and result in delivery of high quality public services* ». ⁷³ In particular, it maps commercial practices to support public contracting, such as categorising suppliers, aggregating demand, market-making and developing, managing supplier relationships, managing commercial risks, developing commercial capability and resourcing, using commercial systems and data, managing documents and record keeping, reporting and continuous improvement.⁷⁴ This kind of policy paper and other supporting documents build on management principles such as the LEAN principles.⁷⁵ One illustration can be found in *The Outsourcing Playbook*,⁷⁶ which explicitly states as a guiding principle: « *The Contract Notice and tender documentation should carry a statement to indicate that the procurement will be run in the spirit of Supplier Code of Conduct. This also helps to*

⁷² HM Government, *Government Functional Standard – GovS 008: Commercial*, 2019.

⁷³ *Ibid*, 5.

⁷⁴ *Ibid*, section 5.

⁷⁵ Eg: <https://www.gov.uk/government/publications/lean-sourcing-guidance-for-public-sector-buyers>.

⁷⁶ On 20 February 2019, the UK Government Commercial Function published *The Outsourcing Playbook: Central Government Guidance on Outsourcing Decisions and Contracting (the Playbook)*. See p. 38 for reference to the LEAN principles. <https://www.gov.uk/government/publications/the-outsourcing-playbook>. L. Wisdom, « A new approach to UK Government outsourcing? » [2019] 4 *PPLR* na183-na186.

ensure that government is seen as an attractive client to do business with ».⁷⁷ The supplier code of conduct has one key motto: building trust between public bodies and their suppliers.⁷⁸ Some of the principles mentioned in this code of conduct are of a managerial,⁷⁹ ethical⁸⁰ or economic⁸¹ nature. In addition, the code mentions legal obligations to be complied with, such as the *Equality Act 2010* or the *Modern Slavery Act 2015* (see below Section 2.3).

Furthermore, two general sources of legal obligations apply across public administration. First, the *Constitutional Reform and Governance Act 2010* creates a Civil Service Code,⁸² which sets four main principles to be complied with by the civil service (in England, this refers only to central government staff, not to local government staff), namely, integrity, honesty, objectivity and impartiality.⁸³ In so doing, it builds on the

⁷⁷ *Outsourcing Playbook* above (76) 38.

⁷⁸ Government Commercial Function, *Supplier Code of Conduct v2 - Delivering better public services together*, 2019, foreword.

⁷⁹ E.g. p 7: risk management.

⁸⁰ E.g. p 10 referring to the « *Committee on Standards in Public Life's 2014 report and 2015 guidance: Ethical Standards for Providers of Public Services* ».

⁸¹ E.g. p 8: value.

⁸² Section 5 (1). Add <https://www.gov.uk/government/publications/civil-service-code/the-civil-service-code>.

⁸³ Section 7 (4).

Standards in Public Life, adopted by the Nolan Committee in 1995.⁸⁴ Secondly, the *Bribery Act* 2010 integrates in the UK legal system the OECD Convention against Corruption into the UK legal system.⁸⁵ It applies to all civil servants, British and foreign, and to all their dealings, including contracting.

2.2 Overarching principles: value for money and accountability

As mentioned in Section 1, value for money (*VfM*) and (financial) accountability⁸⁶ have gained a statutory underpinning: they are two overarching principles in the functioning of the English administration when discharging public functions in general and contracting in particular. They work in an interlinked fashion.⁸⁷

⁸⁴ Cm 2850.

⁸⁵ C Rose, « The UK Bribery Act 2010 and accompanying guidance: Belated implementation of the OECD Anti-Bribery Convention » [2012] *ICLQ* 485.

⁸⁶ T Wright, « The politics of accountability » in M Elliott and D Feldman (eds), *The Cambridge Companion to Public Law* (CUP 2015) 96-115.

⁸⁷ Historically speaking they are also interlinked: accountability primarily originated in the duty to account for public spending (C Harlow, « Accountability and constitutional law » in M Bovens, R Goodin and T Schillemans (eds), *Oxford Handbook of public accountability* (OUP 2012) 195-210, 195-196).

The National Audit Office (NAO), a body attached to the House of Commons, works in close relationship with a parliamentary select committee,⁸⁸ the Public Accounts Committee,⁸⁹ in order to assess whether *VfM* has been achieved with taxpayers' money (according to the principles of efficiency, economy and effectiveness⁹⁰). In this function the NAO undertakes studies of specific government activities or issues.⁹¹ Over the years it has published many reports pertaining to contracting and fleshing out the principle of *VfM*. The NAO makes recommendations, which are discussed by the Public Accounts Committee. In turn this committee may make (non-binding) recommendations to the relevant department.⁹²

⁸⁸ S Bates, M Goodwin and S McKay, « Do UK MPs engage more with select committees since the Wright reforms? An interrupted time series analysis, 1979–2016 » (2017) 70 *Parliamentary Affairs* 780–800.

⁸⁹ This is the oldest committee existing in the House of Commons. <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/public-accounts-committee/history-of-committee/>.

⁹⁰ *National Audit Act* 1983. Harlow and Rawlings above (35) 59-62.

⁹¹ E.g.: NAO, *Transforming contract management* (268 HC 2014-15); NAO, *Government commercial and contracting: an overview of the NAO's work*, 2016; NAO, *A review of collaborative procurement across the public sector*, 2010.

⁹² Y Marique, *Public-private partnerships and the law – Regulation, institutions and community* (Edward Elgar 2014) 160-168.

The principle of accountability applies in public contracting.⁹³ For instance, prime minister's questions were asked at the demise of Carillion, one of the major contractors of public bodies, in 2018.⁹⁴ Equally, when Concentrix failed dramatically in processing tax credits HM Revenue & Customs was called to account for its poor commercial capability.⁹⁵ Parliamentary inquiries have been carried out into major contracts, such as PFIs in general, or into major contractual troubles.⁹⁶ As civil servants can be called to give account in the Public Accounts Committee guidelines have been adopted to specify where the lines of accountability lie between ministers and key civil servants (such as accounting officers or senior responsible owners⁹⁷) and to distinguish between accountability processes and disciplinary procedures.⁹⁸

⁹³ M Freedland, « Government by contract and public law » [1994] *PL* 86; ACL Davies, *Accountability: A public law analysis of government by contracts* (OUP 2001); Meletiadiis above (54).

⁹⁴ HC Deb, 17 January 2018, vol. 634.

⁹⁵ PAC, *HMRC's contract with Concentrix* (998 HC 2016-17).

⁹⁶ E.g.: PAC, *PFI in Housing and Hospitals* (631 HC 2010-11); PAC, *Department for Transport – The Failure of Metronet* (390 HC 2009-10); PAC, *The Procurement of the National Roads Telecommunications Services* (578 HC 2007-08); PAC, *London Underground Public Private Partnerships* (446 HC 2004-05); PAC, *The Operational Performance of PFI Prisons* (904 HC 2002-03); PAC, *Delivering Better Value for Money from the Private Finance Initiative* (764 HC 2002-03).

⁹⁷ Specific guidance may further specify accountability relationships (eg Infrastructure and Projects Authority, *Project delivery: guidance – The role of the senior responsible owner*, 2019, 5).

⁹⁸ Cabinet Office, *Giving evidence to select committees – Guidance for Civil Servants*, 2014.

In addition, HM Treasury has developed procedures to ensure respect for *VfM* (especially when it comes to major contracts)⁹⁹ and has issued a manual detailing the principles underpinning the spending of public money.¹⁰⁰ A special appendix is devoted to public contracts.¹⁰¹ As such this manual does not create rights or legal obligations.¹⁰² However, these first-line techniques seek to foster compliance with the legal principle of *VfM*. There is indeed very little case law pertaining to this principle. The most well-known case where courts have been involved to assess respect for *VfM* was a case at the limit of corruption.¹⁰³ This means that the first line of monitoring compliance with *VfM* is actually the NAO and then the Public Accounts Committee, not judicial accountability.

2.3 Social and green principles¹⁰⁴

⁹⁹ PAC, *Delivering major projects in government* (710 HC 2015-16).

¹⁰⁰ HM Treasury, *Managing public money*, 2015.

¹⁰¹ *Ibid*, Annex 4.6.

¹⁰² Point A4.6.2.

¹⁰³ *R v Secretary of State for Foreign Affairs, ex p World Development Movement* [1995] 1 All ER 611.

¹⁰⁴ This subsection draws on Marique above (92) 222-232. For other illustrations of statutes including social concerns, see Arrowsmith above (13) chap 2. For more detailed analysis of the PSED and the PS(SV): *Ibid*, chap 20; T Wright and H Conlye, « Advancing gender equality in the construction

Public bodies have to comply with social and green principles when contracting.¹⁰⁵ Some of these principles are phrased in soft law terms,¹⁰⁶ some in contractual terms,¹⁰⁷ and others in hard law, such as the *Modern Slavery Act 2015*.¹⁰⁸ Two duties enshrined in hard law deserve further discussion: the “public sector equality duty” and the public sector (social value) duty.

sector through public procurement: Making effective use of responsive regulation » (2018) *Economic and Industrial Democracy* 1–22.

¹⁰⁵ The actual compliance and practical implementation of these principles is difficult to ascertain. Some empirical research is however available on some aspects. See *e.g.* K Jaehrling, M Johnson, T P Larsen, B Refslund and D Grimshaw, « Tackling precarious work in public supply chains: A comparison of local government procurement policies in Denmark, Germany and the UK » (2018) (32:3) *Work, Employment and Society* 546–563.

¹⁰⁶ *E.g.*: « In addition, suppliers must have robust means of ensuring that the subcontractors in their supply chain also comply [with all applicable human rights and employment laws in the jurisdictions in which they work and with the provisions of the Modern Slavery Act 2015] » (*Supplier Code of Conduct* v2, above (78) 6); Crown Government Service, *Procurement Policy Note – Supporting Apprenticeships and Skills Through Public Procurement*, Action Note 14/15 27 August 2015; Mayor for London, *Responsible Procurement – GLA Group Implementation Plan 2018 – 2020*, 2019.

¹⁰⁷ For the technique known as « contractual linkages », see ACL Davies, *The public law of government contracts* (OUP 2008) chap 9.

¹⁰⁸ R Craven, « The role of public procurement in the fight to eradicate modern slavery in the UK construction industry » in G Piga and T Tatrai (eds) *Public procurement policy* (Routledge 2016) 22–37; R Broad and N Turnbull, « From human trafficking to modern slavery: The development of anti-

First, the administration has a duty to consider equality (understood in a social sense) when it takes any decision, including when contracting: this is called the public sector equality duty (PSED) as provided for in the *Equality Act 2010*. The PSED illustrates one way in which ethical commitments to equality have become formalised in legal requirements. The *Equality Act 2010* section 149 (1) consolidates previously existing duties¹⁰⁹ and extends them to new grounds. Currently, public authorities have a duty, when they exercise their functions, to have regard to the need to eliminate discrimination, advance equality and foster good relations between persons sharing protected characteristics and persons who do not share them.¹¹⁰ The relevant protected characteristics are age, disability, gender reassignment, pregnancy and maternity, race, religion, belief, gender and sexual orientation.¹¹¹ The PSED requires that public authorities consider the

trafficking policy in the UK » (2019) 25 *Eur J Crim Policy Res* 119–133 ; L Eldridge, « Is the UK's public procurement legislation fit to address human rights abuses in supply chains? » [2019] 2 *PPLR* na79-na82.

¹⁰⁹ Namely through the *Race Relations (Amendment) Act 2000*, the *Disability Discrimination Act 2005* section 49A and the *Sex Discrimination Act 1975*.

¹¹⁰ *Equality Act 2010* section 149(1). T Hickman, « Too hot, too cold or just right? The development of the Public Sector Equality Duties in administrative law » [2013] *PL* 325, 332.

¹¹¹ *Equality Act 2010* section 149(7).

consequences of any of their decisions for categories of people sharing these protected characteristics. Public authorities have to do more than just ensure the absence of discrimination; they must also actively and positively promote equality of opportunity between different groups.¹¹² The Equality and Human Rights Commission issued guidance on PSED in procurement in 2016.¹¹³ This PSED has given rise to case law in the realm of public contracting, most notably in two cases:¹¹⁴ *Luton* (when the secretary of state for education cancelled funding for school refurbishments without undertaking an assessment of the impact of stopping the school projects on pupils from minority ethnic backgrounds or with special education needs), and the *Law Centres Network*¹¹⁵ (where the Ministry of Justice

¹¹² C McCrudden, « Equality and non-discrimination » in D Feldman (ed) *English Public Law* (2nd edn, OUP 2009) 499 para 11.156.

¹¹³ Equality and Human Rights Commission, *Buying better outcomes: mainstreaming equality considerations in procurement – A guide for public authorities in England*, 2013.

¹¹⁴ Other cases relate to PSED in public contracts but not with clear legal consequences. E.g.: *R (RB) v Devon County Council* [2012] EWHC 3597 (Admin) in A Davies, « Public law and privatisation » in M Elliott and D Feldman (eds), *The Cambridge Companion to Public Law* (CUP 2015) 172-192, 180-181.

¹¹⁵ *R. (on the application of Law Centres Federation Ltd (t/a Law Centres Network)) v Lord Chancellor* [2018] EWHC 1588 (Admin); [2018] 6 WLUK 452 (QBD (Admin)); G Brunello, « Irrationality and the public sector equality duty in public procurement: *R. (Law Centres Network) v Lord Chancellor* » [2019] 3 *PPLR* na130-na133.

was found to have breached the PSED by not taking sufficiently into account the interests of vulnerable individuals when restructuring the contracts providing legal aid).

Secondly, the *Public Service (Social Value) Act 2012 (PS(SV) Act 2012)* creates a duty for public authorities to consider economic, social and environmental well-being in the pre-procurement stage of services contracts. It requires public authorities to consider « *how what is proposed to be procured might improve the economic, social and environmental well-being* » of their areas and « *how in conducting the process of procurement, it might act with a view to securing that improvement* ». ¹¹⁶ The duty is limited in its reach and bindingness. Indeed, the authority only needs to take into account what is relevant to the procurement, and not overall economic, social or environmental well-being. ¹¹⁷ It also needs to consider what is proportionate to taking these relevant matters into account. ¹¹⁸ This duty applies in parallel with the best value duty, ¹¹⁹ and does not lead to derogation

¹¹⁶ *PS(SV) Act 2012* section 1(3)(a) and (b).

¹¹⁷ *PS(SV) Act 2012* section 1(6).

¹¹⁸ *PS(SV) Act 2012* section 1(6).

¹¹⁹ PPN, *The Public Services (Social Value) Act 2012 – Advice for Commissioners and Procurers*, information note 10/12, 2012.

of any legal obligations following the *Public Contracts Regulations*.¹²⁰

This duty reveals an attempt to articulate the use of taxpayers' money (usually used as a proxy for the common good), collective interests and private interests. Indeed, it sets out how public contracting has to be designed so that the outcome of the competitive process, *i.e.* the procurement, can contribute to economic, social and environmental well-being. However, it faces implementation problems. The duty is limited to the pre-procurement stage.¹²¹ The outcome of these considerations of well-being and their integration into contractual design, terms or performance is left uncharted in the statute. Well-being is a notion which may be difficult to quantify, although indicators are being developed by the Office for National Statistics (ONS) and Defra.¹²² These indicators may become integrated into VfM assessment. The Gateway Process and the major project approval and

¹²⁰ *PS(SV) Act 2012* section 1(8) and (10).

¹²¹ Courts accept that it can apply by analogy to operations other than procurement, such as developing train lines, under some conditions (*R. (on the application of Enfield LBC) v Secretary of State for Transport* [2016] EWCA Civ 480 (CA (Civ Div)); P. Henty, « Judicial review of the substantive contents of a specification based on administrative law principles and on the Public Services (Social Value) Act 2012: *R. (on the application of London Borough of Enfield) v Secretary of State for Transport* » [2016] 5 *PPLR* na161-na167).

¹²² EAC, *Measuring Well-being and sustainable development: Sustainable development indicators: Government response to the committee's fifth report of session 2012–13* (139 HC 2013–14); ONS, *Measuring national well-being: Life in the UK*, 2012.

assurance process¹²³ may also enable a tracking down of whether the economic, social and environmental well-being that public authorities considered at the outset of their project is being delivered during the performance phase. The mere fact that this would be monitored might improve the understanding of how public spending impacts (in)directly on collective well-being.

Overall, three comments can be made about these two statutes. Firstly, they go further than mere social and green principles. After a period of incremental developments the *Equality Act* includes a duty for public bodies to take into account the effects of public decisions on groups of vulnerable individuals. Secondly, even though the nature of these statutory provisions is one of imposing a duty in the sense of how public bodies proceed with their decision-making process, this is more a duty in terms of means and procedural steps to be included in public decision-making than a duty in terms of the results to be achieved. Thirdly, implementation tools for these two duties are still in the making.

3. PRINCIPLES DISCOVERED BY JUDGES

The UK courts interpret statutes and the common law to arrive at decisions. In that process, they use a range of techniques, one of which is the discovery of « principles

¹²³ Infrastructure and projects authority, *Guidance for departments and review teams – Project Assessment Review (PAR)*, 2016.

». ¹²⁴ Although there are discussions on the exact meaning of « principles » (vs rules), the basic understanding is that « *everyone agrees that principles (however defined) do figure importantly in common law decisions* ». ¹²⁵ This means that principles are discovered, used and developed by judges, including in matters of public contracting. ¹²⁶ This section gives first a general idea of how case law has developed in relation to contracting issues, mainly focusing on public law principles (3.1). It then discusses in a tentative way some of the main functions that principles play in this case law (3.2).

3.1 Selected illustrations

The role of judges in common law systems is much debated. Public law and administrative law include illustrations of an incremental process of development to adapt to changing social, economic and political circumstances. Judicial review as it has become in England today is a development from judges starting in the 1960s-1970s. ¹²⁷ When it comes to public contracts, judges use principles when there is no statutory provision to

¹²⁴ K Greenawalt, *Statutory and common law interpretation* (OUP 2012).

¹²⁵ Greenawalt above (124) 189. Judges can take principles within or outside the law. Dworkin has argued that judges should not take policy considerations into account. « *The exact line he had in mind is elusive, but the basic idea was that in common law and other cases, judges should not simply be giving weight to calculations of the balance of desirable consequences for the community* » (Ibid 190).

¹²⁶ Harlow and Rawlings above (35) 95-96.

¹²⁷ Harlow and Rawlings above (35) 99-105.

answer a legal question. As English law did not know “public contracts” until the UK joined the European Communities in 1973 very few statutory provisions exist outside the national transposition of EU law. In theory, this leaves ample scope for judges to use legal principles when issues arise in relation to public contracts and can potentially go far beyond the core principles of public procurement as developed by the CJEU (*e.g.* principles in the meaning of *Telaustria*). However, the UK Supreme Court has decided only a few cases in relation to “procurement” in England.¹²⁸ In general, the UK Supreme Court uses two ways to interpret EU law: 1) comparison of the different language versions of an EU text; and 2) the principle of consistent interpretation.¹²⁹ For the rest, the judges’ toolkit includes legal principles in either public or private law.¹³⁰ Here some illustrations are selected.

¹²⁸ *Energy Solutions EU Ltd v Nuclear Decommissioning Authority* [2017] UKSC 34 (11 Apr 2017); *Edenred (UK Group) Ltd v HM Treasury* [2015] UKSC 45 (1 Jul 2015); *Healthcare at Home Ltd v Common Services Agency* [2014] UKSC 49 (30 Jul 2014) (Scotland); *Brent LBC v Risk Management Partners Ltd* [2011] UKSC 7 (9 Feb 2011). The Privy Council also decided cases in relation to procurement: *DPP v Jugnauth* [2019] UKPC 8 25 Feb 2019 (Mauritius); *Central Tenders Board v White (t/a White Construction Services)* [2015] UKPC 39 (6 Oct 2015) (Montserrat); *Pratt Contractors Ltd v Transit New Zealand* [2003] UKPC 83 (1 Dec 2003) (New Zealand).

¹²⁹ A Arnall, « The UK Supreme Court and References to the CJEU » (2017) 36 *Yearbook of European Law* 314-357.

¹³⁰ We focus here on principles of public law. It is however important to keep in mind that contractual performance especially is very much regulated by private law. All the legal principles developed in private law will thus apply. This also means that many legal issues arising during contractual performance can lead to transactions and settlements. How these settlements are reached, and which principles are actually relied upon, are not accessible for investigation. Here transparency is

First, when it comes to **access to judicial review** courts require that an « *additional public element* » is present.¹³¹ The starting point in the case law is indeed that « *a public body [is] free to negotiate contracts and something additional [is] necessary over and above the fact that the negotiator [is] a public body to impose on that body a public law obligation* »:¹³² public procurement is « *essentially a commercial process* ».¹³³ There is no general definition of the test for an « *additional public element* ». However, factors such as statutory underpinning, public funding or the identification of a public function

definitively not an applicable legal principle. See for examples: the GS4 settlement in the Olympic Games case (<https://www.gov.uk/government/speeches/london-2012-games-settlement-between-locog-and-g4s-security>) or more recently the Brexit ferries with Eurostar (<https://www.gov.uk/government/publications/eurotunnel-obligations-under-government-settlement-agreement/eurotunnel-obligations-under-government-settlement-agreement>). However, this system may come under pressure (see the reaction of P&O in the Eurostar settlement: G Topham, « P&O sues over £33m Eurotunnel payout in Brexit ferry fiasco », *The Guardian*, London, 26 April 2019 [<https://www.theguardian.com/politics/2019/apr/26/po-sues-over-33m-eurotunnel-payout-in-brexit-ferry-fiasco>]: « *Firm says government's settlement puts it at a competitive disadvantage* »). Regarding the interactions between public law and contract law, see J Beatson, « Public law influences in contract law » in J Beatson and D Friedmann (eds), *Good faith and fault in contract law* (Clarendon Press 1995) 263.

¹³¹ E Aspey, « The search for the true public law element: Judicial review of procurement decisions » [2016] *Public Law* 35; S Bailey, « Judicial review of contracting decisions » [2007] *Public Law* 444; Arrowsmith above (13) 2/144-2/147.

¹³² *Newlyn Plc* [2016] EWHC 771 (TCC), [18].

¹³³ *R (on the application of Menai Collect Ltd and others)* [2006] EWHC 724 (Admin), [47].

contribute to the presence of this additional public element.¹³⁴ After reviewing the main cases on this issue Arrowsmith notes that « *the lack of coherence in the principle and its exceptions lead to great uncertainty* ». ¹³⁵ Therefore, she suggests that

« contracting should be reviewable in principle in the same manner as any other government activity, even where the type of contract has an analogy in private law, as with procurement. It is appropriate to apply such principles because of the public interests involved, because a public body should be held to high standards because of its influence as an example to others; and because considerations of private autonomy do not apply in the same way. The fact that the relationship of the parties is affected to some degree by private law does not make it inappropriate to apply public law in addition to, or alongside, that law. A case can also, however, be made for the contrary view that procurement powers should in principle be reviewable only for bad faith, to avoid any danger of unreasonable fetters on commercial discretion [...] Procurement decisions should either be reviewable in principle or not at all ». ¹³⁶

Secondly, the **non-fettering principle** seeks to balance different values of public law, namely legal certainty and consistency on the one hand and responsiveness to

¹³⁴ McLean above (17) 863.

¹³⁵ Arrowsmith above (13) 2/147.

¹³⁶ *Ibid.*, (footnote omitted).

individual circumstances on the other hand.¹³⁷ This ensures that public contracts do not prevent public bodies from exercising their discretion, and thus their ability to govern in the future:¹³⁸ public contracts cannot be used to fetter this discretion. In practice, any contract limits future choices. The aim of this principle is not to prevent public bodies from contracting in general but only to prevent them from *unreasonably* limiting their future discretion. There is thus a balance of interests in the utility of the contract to be weighed up. This means that scholarship sometimes argues that commercial contracts such as procurement contracts should not be considered an unreasonable fetter on public discretion.¹³⁹

Thirdly, the principle of **legitimate expectations**, now accepted in English administrative law, has been applied in cases involving public contracts.¹⁴⁰ For instance, it has been relied on in cases involving the termination of the funding needed to pay contractors by a third-party public body. Illustrations of these are the *Luton* case relating to the Building Schools for the Future (*BsF*) programme and the *Cheshire* case relating to

¹³⁷ B Huntley, « The rule against fettering in the context of the prerogative: *R (Sandiford) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* » [2015] (20:2) *Judicial Review* 86-89, para 16 (referring to *De Smith's Judicial Review* at [9.005]).

¹³⁸ ACL Davies, « Vires problems in Government contracts » (2006) 122 *LQR* 98.

¹³⁹ Arrowsmith above (13) 2/112, noting that Davies above (107) 243-46 is of the other opinion.

¹⁴⁰ For instance, the procedural legitimate expectations: *R. (on the application of London Criminal Courts Solicitors' Association) v Lord Chancellor* [2015] EWHC 295 (Admin) (DC).

waste PFIs. In *Luton*¹⁴¹ the judge found that there existed procedural legitimate expectations to be consulted, while in *Cheshire*¹⁴² the judge considered that no procedural legitimate expectations to be consulted could be found. The difference proceeds from different appreciations of the circumstances of the cases by the judges. In *Luton* the judge considered that even a short consultation period could have been applied. The economic crisis was not a sufficient ground of public interest to set consultation aside.¹⁴³ In *Cheshire* the judge considered that the emergency was a sufficiently overriding public interest to justify the absence of consultation.¹⁴⁴ In short, the judges differed in their appreciations of the circumstances, yet they both accepted that the principle of legitimate expectations could be argued.

Fourthly, the principle of the *Blackpool*¹⁴⁵ **implied contract** applies to procurements not governed by the EU directives. Judges decided that the relationships between a tendering public body and bidders are governed by an implied contract. This means that a tendering public body has a duty to consider fairly the tenders submitted after

¹⁴¹ *R (Luton BC) v Secretary of State for Education* [2011] EWHC 217 (Admin).

¹⁴² *R (Cheshire East BC) v Secretary of State for Environment Food and Rural Affairs* [2011] EWHC 1975.

¹⁴³ *R (Luton BC) v Secretary of State for Education* [2011] EWHC 217 (Admin) at [96].

¹⁴⁴ *R (Cheshire East BC) v Secretary of State for Environment Food and Rural Affairs* [2011] EWHC 1975 at [90].

¹⁴⁵ *Blackpool and Fylde Aero Club v BC* [1990] 1 W.L.R. 1195.

a call for tenders. In *JBW Group v Ministry of Justice*¹⁴⁶ the court accepted the idea that such an implied contract existed and that this meant an obligation to consider the tenders in good faith. However, it rejected the idea that there was an implied obligation to act in a fair and transparent manner. According to the court such terms were not necessary to give efficiency to the contract.¹⁴⁷

Finally, courts have also relied on the principle of state liability when it comes to **damages** in the case a breach of procurement regulations. The Supreme Court decided that a mere breach of a statutory duty was not enough for a party to claim damages. Relying on the *Francovich* case law and subsequent CJEU cases, the Supreme Court decided that the breach had to be “sufficiently serious” for a remedy for damages to have to be opened to the victim.¹⁴⁸

3.2 Functions

¹⁴⁶ [2012] EWCA Civ 8.

¹⁴⁷ At [62].

¹⁴⁸ *Nuclear Decommissioning Authority v EnergySolutions EU Ltd (now ATK Energy EU Ltd)*, 11 Apr. 2017 [2017] UKSC 34). NAO, *The Nuclear Decommissioning Authority’s Magnox contract*, (2017-19 HC 408). Add <http://uksblog.com/case-comment-nuclear-decommissioning-authority-v-energy-solutions-eu-ltd-2017-uksc-34/>. P Henty, « “Sufficiently serious breach” as a condition to the damages remedy in public procurement, and the issue of mitigation of loss through remedies in the standstill period: The Supreme Court judgment in the NDA/Energy Solutions case » [2017] 5 *PPLR* na179-na186.

The discovery of principles in public contracting may serve a range of functions at a theoretical level. Here three concrete functions observed in the case law are mentioned.

First, legal principles may **strengthen rights** already provided for in statutes. On this function Arrowsmith commented that, although this may be indeed the case or might become the case in the future, there is still too little case law in relation to judicial review in procurement to be able to claim that this function is currently present.¹⁴⁹

Secondly, legal principles may help judges **imply rules into the legislative framework**. The CJEU tends to do this in particular in relation to transparency and equal treatment. Normally, the domestic courts need to follow the CJEU's approach when they interpret the domestic legislation implementing the relevant EU directives.¹⁵⁰ When English judges do this it is then difficult to distinguish whether they are seeking to give an efficient interpretation of the legislative framework or whether they are seeking to **fulfil their roles under EU law**. In *Edenred* the Supreme Court's starting point is the principal purpose of EU procurement law, namely « effective competition ». ¹⁵¹ The Supreme Court relies on the CJEU's case law, which states that derogations to this principle have to be narrowly

¹⁴⁹ Arrowsmith above (13) 2/151.

¹⁵⁰ *Ibid*, 2/143.

¹⁵¹ For a variation, namely the principle of fair competition, see Fraser J [53]-[54] in *Energysolutions EU Ltd v Nuclear Decommissioning Authority (Judgment No. 3)* [2016] EWHC 3326 (TCC); (2017) 26 *PPLR* na103-na108.

interpreted.¹⁵² In *Brent* « [t]he Supreme Court's ruling [...] provides a welcome clarification to the application of the Teckal exemption in the United Kingdom and sits well with the more purposive approach to this area of the law that the CJEU has taken in recent years ». ¹⁵³ In her research on the implementation of CJEU procurement principles in the UK de Mars has provided a number of cases where the UK courts have applied them to address technical issues (weighing, scoring, late tenders).¹⁵⁴ She concludes that « [t]he UK courts [...] have used the general principles both where ECJ case law has itself used them to decide disputes, such as on award criteria, but also in situations not yet considered by the ECJ ». ¹⁵⁵

Thirdly, legal principles may help judges give a legal answer when there is **no clear previous guidance** as to which answer to give to a specific issue. The best illustration of this is provided by the *Blackpool* implied contract case law. It is far from clear that the tendering phase of a contract can be construed as a contract, even an implied contract, under English contract law. Arrowsmith wrote about *Blackpool* that « [a]lthough this was expressly denied by Bingham LJ in *Blackpool*, the courts appear to have been manipulating contractual principles to provide a remedy where they feel one ought to be given by some

¹⁵² *Edenred* [28].

¹⁵³ S Brunning, « English Supreme Court ruling on the Teckal in-house exemption: the decision in *Brent LBC v Risk Management Partners Ltd* » [2011] 3 *PPLR* na77-na82, na81.

¹⁵⁴ S de Mars, « The limits of general principles: a procurement case study » (2013) *European Law Review* 316-334, 325-326.

¹⁵⁵ de Mars above (154) 326.

means ». ¹⁵⁶ The discovery of a legal principle here leads to the result that public bodies and contractors have a clearer idea of where they stand during the pre-contractual phase in sub-thresholds contracts.

UK courts are used to discover legal principles in general. The particularity of English public contracts is linked to the low level of litigation and thus the lack of opportunity for courts to discover legal principles specific to English public contracts. This makes legal principles in English public contracts stand out: they emerge from practice and statutes more than case law and their normativity is more to be tested in them being complied with in the day-to-day life of contracts than in judicial enforcement.

4. PRINCIPLES AND ACADEMIC SCHOLARSHIP

Academic scholarship contributes to the discussions about legal principles applicable to public contracts, either at a general level (4.1) or in the specific case of procurement (4.2).

4.1 *General principles: a public law of contract in the making?*

The practical development of English public contracts since the 1970s has led scholarship to call for the development of a public law of government contracts, sometimes mostly at the level of principles, ¹⁵⁷ sometimes for specific issues, ¹⁵⁸ and sometimes in a

¹⁵⁶ Arrowsmith above (13) 2/163.

¹⁵⁷ M Freedland, « Public law and private finance – Placing the private finance initiative in a public law frame » [1998] *PL* 288.

detailed and comprehensive fashion.¹⁵⁹ The key scholarly discussions have sought to link the development of such a public law of government contracts with the relational contract theory developed by Ian MacNeil.¹⁶⁰ This approach could help explain why one of the parties to the contract, the public body, might leave aside self-interest to pursuit more general goals. It would also help to frame risks and the asymmetry of information. More recently, a New Zealander (!) scholar has suggested grounding this public law of government contracts on liberal contract theory, which is more classic in contract law than relational contract theory.¹⁶¹ In addition, scholarship has discussed the opportunity of developing principles of sustainable procurement,¹⁶² especially in relation to the supply chain. In addition to suggesting such development the scholarship also pinpoints the need to

¹⁵⁸ P Craig, « Contracting-out, the Human Rights Act and the scope of judicial review » [2002] *LQR* 118.

¹⁵⁹ Davies above (107) 218. She explicitly seeks inspiration in the French law of public contracts (55-58).

¹⁶⁰ P Vincent-Jones, *The new public contracting – Regulation, responsiveness, relationality* (OUP 2006). A private law scholar, H Collins, has also asked whether a specific public law of contracts should be developed (*Regulating Contracts* (OUP 1999) chap 13). His approach to private law contracts is related to MacNeil's.

¹⁶¹ McLean above (17).

¹⁶² L Butler, « Responsible public procurement: towards a public service contract regulator? » [2019] 5 *PPLR* na198-na208.

ensure compliance mechanisms, which leads to calls to set up new bodies in charge of this function.

To appreciate the possible influence of these developments on the practice of public contracts or on judicial decisions pertaining to litigations on public contracts, however, one needs to note that the relationships between scholarship and practice in the UK cannot be compared to those existing in continental jurisdictions such as Germany. Legal scholarship exists on a broad spectrum, with extremely theoretical discussions and more practical discussions. Usually, scholarship can remain for a long while in its ivory tower. Times are slowly changing, however, for both judges¹⁶³ and academics. Recently, academics have been encouraged to seek to harness their research to practical discussions in order to contribute to « impact case studies » to be submitted for a periodic research assessment (“REF”), where academics detail how their research has been applied outside academia. In the REF 2014 impact case studies related to procurement were submitted by the Nottingham Law School (on « [Influencing the Content of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement](#) »¹⁶⁴) and the Bangor Law School (on « [Removing SME Public Procurement Participation Barriers in Wales](#) »¹⁶⁵). The next REF is due to be undertaken in

¹⁶³ Lord Neuberger, « UK Supreme Court decisions on private and commercial law: The role of public policy and public interest », Speech at the Centre for Commercial Law Studies Conference, 4 December 2015.

¹⁶⁴ [https://results.ref.ac.uk/\(S\(hmrbdybs3dmd3t1fdo0d2fbk\)\)/Submissions/Impact/1566](https://results.ref.ac.uk/(S(hmrbdybs3dmd3t1fdo0d2fbk))/Submissions/Impact/1566).

¹⁶⁵ [https://results.ref.ac.uk/\(S\(hmrbdybs3dmd3t1fdo0d2fbk\)\)/Submissions/Impact/1196](https://results.ref.ac.uk/(S(hmrbdybs3dmd3t1fdo0d2fbk))/Submissions/Impact/1196). One of the key themes of this academic engagement with non-academic actors was transparency in procurement.

2021. It will be interesting to see which law schools submit an impact case study related to public contracts and whether these case studies support the principles of public contracts.

4.2 *Scholarship on principles specific to procurement*

Exceptions to the general picture of the relationship between academic scholarship and the judiciary need to be mentioned. As a rule, these exceptions pertain to specific legal areas and do not necessarily seek to discuss public contracts as a whole legal category. They mostly pertain to procurement. In *Energy solution* for instance, the Supreme Court discussed academic authority.¹⁶⁶ However, the most prominent source of reflexions on English procurement comes from the Nottingham School of Law, which has developed extended scholarship which is in more direct contact with practice in the UK over a long period of time (next to international and European levels). Arrowsmith, the Achilles professor of Public Procurement Law and Policy and director of the Public Procurement Research Group at Nottingham, is the author of a two-volume book on European and UK procurement totalling ca. 2,000 pages. In it she analyses a range of principles of English law, such as *ultra vires*, and of EU law, such as transparency, detailing their concrete implementation. Her specific authority on the topic has been acknowledged explicitly by

¹⁶⁶ *Nuclear Decommissioning Authority v Energysolutions EU Ltd* [2017] UKSC 34, [at 26]: reference to S Treumer's *Basis and conditions for a damage claim for breach of EU public procurement* (to set his argument aside); Fairgrieve and Lichère's *Public Procurement Law – Damages as an Effective Remedy* (2011) and Judge Anthony Collins' "Damages in public procurement – an illusory remedy?" chap 21 in *Of Courts and Constitutions – Liber amicorum in honour of Nial Fennelly* (eds Bradley, Travers and Whelan, 2014) (as confirming the judge's views).

courts.¹⁶⁷ Her current research is about the « *incoherence in the conceptual framework of EU public procurement law and a study of the impact of public law violations on concluded contracts in UK and EU law, including from a comparative law perspective* ».¹⁶⁸ This leaves scope for developing further principles specific to procurement in England.

CONCLUSIONS

Overall, public contracting is a matter of exercising discretion in England. Yet, the rule of law frames this public discretion through a range of legal principles. First of all, the starting point of public contracting is that public contracts are contracts, and thus commercial tools to which private law principles apply in all their commercial hardness. Secondly, administrative law principles pertaining to the powers of public bodies and the use of their discretion equally apply to contracting. This means that the non-fettering principle or the legitimate expectations principle apply. However, access to judicial review is limited to contracts with a public law element. Thirdly, general principles of EU law (deriving from primary and secondary EU law and case law) also apply to English public contracts. Yet, the Supreme Court maintains its narrow understanding of state liability when constructing EU law in the case of damages. Fourthly, a range of legal principles (such as financial accountability, value for money and principles of public life for civil servants) and a range of legal duties (such as the PSED and the PS(SV)) have been formalised in statutes and

¹⁶⁷ *SRCL Ltd v The National Health Service Commissioning Board* [2018] EWHC 1985 (TCC) at [180]-[194]. P Henty, « Abnormally low tenders, the authority of academic writing in procurement and extension of time for bringing proceedings: *SRCL Ltd v The National Health Service Commissioning Board* » [2018] 6 *PPLR* na177-na187.

¹⁶⁸ <https://www.nottingham.ac.uk/law/people/sue.arrowsmith>

complement the soft law practice of ethical and managerial principles scattered across soft law documents. English public contracts are thus regulated by legal, ethical and managerial principles. What makes them stand out is that judges are only one tiny contributor to this regulation, while other public bodies such as the NAO, the PAC and departments generate their own discourses on the principles to be complied with in English public contracts and are often on the front line of monitoring this compliance in practice. The normativity of principles in English public contracts may thus appear more a matter of effectiveness than of bindingness.

THE PRINCIPLES OF THE EUROPEAN DIRECTIVES ON PUBLIC PROCUREMENT IN THE SPANISH SYSTEM¹

Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ²

INDEX

1. INTRODUCTORY APPROACH

2. THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLES OF EUROPEAN PUBLIC PROCUREMENT IN SPANISH LEGISLATION

3. PRACTICAL APPLICATION OF THE PRINCIPLES BY THE INSTITUTIONAL STRUCTURE LINKED TO PUBLIC CONTRACTS

3.1 Principle of equal treatment and the principle of non-discrimination

3.2 Principle of proportionality

3.3 Principle of confidentiality

3.4 Principles of publicity and transparency

¹ This study is a first draft of the contribution that will be included in a collective book that is being prepared under the research project directed by Prof. Stephane De la Rosa: “*Les principes des contrats publics en Europe/ Principles of public contracts in Europe. Recherche à partir des droits nationaux et du droit de l’UE / Proposal of stocktaking through EU and national laws*”.

² Associate Professor of Administrative Law (with qualification for Full Professor), University of Vigo.

3.5 Principle of competition

1. INTRODUCTORY APPROACH

European public procurement Law is a sector in which the relevance of the principles of law can be seen in a highly particular way. As Professor Moreno Molina has pointed out, in Spain, this is a field that is subject to the observance of a series of “general principles” rather than to the rules of positive Law. In this field, it is especially easy to see how regulations are merely a constant expression of how the major principles upon which the aforesaid rules are based materialise in a positive setting. In particular, principles such as freedom of access to tenders, publicity and transparency of procedures, non-discrimination and equal treatment of candidates or objectivity, based on national rules of a constitutional nature and of EU Law, constitute the basis for all the provisions issued in the matter and are constantly and transversally expressed in the same and in the interpretation thereof. The special and crucial role played in this sector by general principles, which prevail over any other function of the regulations on procurement, is evidenced by the fact that they apply to any contract from which public status can be assumed, irrespective of the amount thereof, of the public or private nature of the public sector entity that concludes it, and of the contractual moment at which we find ourselves (preparation, tender, adjudication, execution or extinction)³. Moreover, the CJEU has used general

³ Moreno Molina, José Antonio; “Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos del sector público”, *Revista Jurídica de Navarra*, 2008, nº45, 47; y “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación”, *Administración*

principles, interpreting European Directives, to add obligations that were not expressly established therein, but which can be understood to derive from the effectiveness of said principles; *i.e.*, to establish specific obligations that are deduced in a manner that is complementary to the rules appearing explicitly in the Directives⁴.

All the principles which underlie the EU regulations in this sector are aimed at safeguarding the same objective: to guarantee a real and effective opening of the public procurement markets in the member States, leading to the existence of a genuine single public procurement market.

The establishment of this objective as an ultimate aim explains the existence of a strong interrelation between the different principles. Of course, each one has its own specific meaning, but they all converge in a common intersection zone, because, as we have already said, they all seek to contribute to the same goal.

On this basis, European Public Procurement Directives have listed these principles in their regulations, including obligations with regard to respecting them, and the jurisprudence of the CJEU that has dealt with interpreting them is abundant and profuse. In particular, current Directive 2014/24 / EU in the first paragraph of its first recital is clear when stating that: *“The award of public contracts by or on behalf of Member States’ authorities has to comply with the principles of the Treaty*

y justicia: un análisis jurisprudencial (Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández), tomo II; Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, 3429 y ss.

⁴ Arrowsmith, Sue; “EC Regime on Public Procurement”, *International Handbook of Public Procurement*, edited by Khi V. Thai, Auerbach Publications, Taylor & Francis Group, 2009, 267.

on the Functioning of the European Union (TFEU), and in particular the free movement of goods, freedom of establishment and the freedom to provide services, as well as the principles deriving therefrom, such as equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency”.

2. THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLES OF EUROPEAN PUBLIC PROCUREMENT IN SPANISH LEGISLATION

In Spain, general principles, as higher values upon which the legal system is based, are recognised as a source of law in Article 1.3 of the Civil Code. Although the relevance of legal principles is latent throughout the regulatory system, it is particularly evident in the framework of public Law, and even more singularly in the specific framework of public procurement that interests us here.

Owing what it does in particular to the public procurement sector, Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts (herein after, LCSP), not only lists the principles that must govern this sphere of activity, underscoring their importance in a number of initial and isolated precepts, but also, constantly and patently throughout the text thereof, there are multiple occasions in which it reiterates this requirement and/or imposes obligations aimed at guaranteeing respect for the same.

Additionally, this is an area in which it is extremely easy to find decisions from the bodies that resolve disputes that arise by arguing their reasoning on the explicit invocation of one or more of the principles of public procurement.

Thus, in the case of the LCSP, from the preamble through which it is presented, mention is made, on several occasions, of the principles that must be

respected in this sector. Particularly relevant is the reference therein alluding to the existence of a legal “system” for public procurement, wherein the principles have an irrefutable role. Specifically, it indicates that: *“The legal system for public procurement established in this Law seeks to clarify the current legislation, in the interest of greater legal security, and it seeks to ensure that public procurement is used as an instrument to implement both European and national social policies in matters pertaining to the environment, innovation and development, promotion of SMEs, and defence of competition. All of these issues constitute true objectives of the Project, pursuing efficiency in public spending and respect for the principles of equal treatment, non-discrimination, transparency, proportionality and integrity at all times (section III, paragraph 1)”*.

Furthermore, the preamble of the regulation itself recognises that the primary objective pursued by Spanish legislators with the enactment of this Law is directly related to one of the principles of public procurement, the observance of which clearly contributes to the realisation of other principles. Specifically, in section II, it affirms that: *“The objectives that inspire the regulation appearing in this Law are, firstly, to achieve greater transparency in public procurement and, secondly, that of attaining greater value for money”*.

As far as the section of articles is concerned, instances in which the obligation to respect the principles of public procurement is mentioned are not hard to find.

It is highly significant that, when explaining the object and purpose pursued with the same, the first article of the Law makes literal mention of the principles that should transversally inspire procurement conducted in the public sector. Thus, article 1.1 establishes that: *“The object of this Law is to regulate public sector procurement, with the aim of guaranteeing that it conforms to the principles of freedom of access to tenders, publicity and transparency of procedures, and the non-discrimination and equality of*

treatment among tenderers; and of ensuring - in connection with the objective of budgetary stability and expenditure control, and the principle of integrity - the efficient use of funds earmarked for the performance of works, the acquisition of goods and the contracting of services, through the requirement of the prior definition of the needs to be met, the safeguarding of free competition, and the selection of the most economically advantageous tender”.

It should be noted that the transcribed precept already mentions most of the public procurement principles referred to in the European Directives. It is true that certain principles, such as that of proportionality, are not literally cited in this precept, although it is alluded to it in other articles of the Law. On the contrary, said article 1 does contain some other principles that are not formulated as such in European public procurement law, but which Spanish legislators wish also to act as a guideline for action in this sector. This is the case with the principles of budgetary stability and of integrity.

Also, with the vocation of being a general precept, mention should be made of Article 132 of the LCSP, entitled precisely: *“Principles of equality, transparency and free competition”* and wherein, in summary, it is indicated

- a) That contracting entities shall treat tenderers and candidates in an equal and non-discriminatory manner and adapt their actions to the principles of transparency and proportionality.
- b) That in no case in procurement may participation be limited by the legal form or profit-making intent, except in contracts that may be reserved for certain entities.

- c) That procurement shall not be conceived with the intention of evading the requirements of publicity or those related to the appropriate adjudication procedure, nor of artificially restricting competition, by either favouring or unduly impairing certain entrepreneurs.
- d) That, throughout the award procedure, the contracting entities shall ensure the safeguarding of free competition. In particular, both they and the State Public Procurement Advisory Board or, where appropriate, the consultative or equivalent bodies on public procurement in the Autonomous Communities, and the bodies competent for resolving the special appeals in the matter of procurement must notify the National Commission of Markets and Competition or, where applicable, the regional competition authorities, of any facts of which they may become aware in the exercise of their functions and which may constitute an infringement of anti-trust legislation. In particular, they must communicate any indication of agreement, decision or collective recommendation, or concerted or consciously parallel practice among the tenderers, which is intended to produce, produces or may produce the effect of preventing, restricting or distorting competition in the procurement procedure.

Apart from these more global or general references, in different articles distributed throughout its text, the LCSP refers more specifically to the need to observe the principles of public procurement regarding specific procedures or actions. In addition, at the time of doing so, in many cases it establishes specific obligations that are incumbent on the economic operators participating in public contracts or on the contracting entities that conclude them. That is to say, legislators themselves do not stop at establishing principles, but impose positive obligations that can be demanded from contracting entities that are aimed directly at safeguarding the observance of the

principles of public procurement. By way of example, the following precepts can be highlighted:

Article 3.4 of the LCSP establishes that political parties, when concluding contracts that exceed the European thresholds, “... *shall act in accordance with the principles of publicity, competition, transparency, equality and non-discrimination without prejudice to respect for autonomous free will and confidentiality when appropriate*”.

Article 28.1 on “Necessity and suitability of the contract and efficiency in procurement”, determines that “*Public sector entities may not conclude contracts other than those that are necessary for the fulfilment and realisation of their institutional aims. To this end, the nature and extent of the needs intended to be covered by means of the proposed contract, as well as the suitability of its object and content to satisfy the same, when awarded by an open, restricted or negotiated procedure without publicity, must be determined with precision, with this being stated in the preparatory documentation, prior to initiating the award procedure for the same*”.

Article 63 imposes stringent publicity obligations on the contracting entities. It refers to all the documents and information that must be published in their respective contractor profiles.

Article 64 on “Fight against corruption and prevention of conflicts of interest”, establishes in section 1 thereof that: “*Contracting entities must take appropriate measures to combat fraud, favouritism and corruption, and to prevent, detect and effectively resolve any conflicts of interest that may arise in tender procedures in order to avoid any distortion of competition and ensure transparency in the procedure and equal treatment for all candidates and tenderers*”.

In Article 115, as it regulates preliminary market consultations, reference is made to transparency and equal treatment that should preside over them.

Article 16.4, requires that, in the contracts concluded by Public Administrations, numerous aspects be justified in the “contract file”, including: a) The choice of the tender procedure to be used; b) the classification required of participants; c) the criteria for technical or professional solvency, and economic and financial criteria, and the criteria to be taken into consideration to award the contract, as well as the special conditions for the performance thereof; d) the estimated value of the contract with an indication of all the items that comprise it, always including labour costs, if any; e) the needs of the Administration which it is intended to satisfy through the procurement of the corresponding provisions; and the relationship thereof with the object of the contract, which must be direct, clear and proportional; f) or, where applicable, the decision to not split the object of the contract into lots. All of these matters are particularly bound up with respect to competition, to integrity.

Article 133 is devoted entirely to regulating the confidentiality that economic operators may claim for part of their offers.

With the aim of safeguarding the principle of competition, Article 150.1 envisages that *“(...) If in the exercising of its duties, the contract award committee or (in the absence thereof, the contracting authority) has well-founded evidence of collusive behaviour in procurement procedures, prior to awarding the contract, it shall notify the National Commission for Competitive Markets (or, where applicable, the corresponding competent autonomic authority) thereof, in order for them to issue a statement on the same in an expeditious procedure. The referral of said indications will have the effect of suspending the procurement procedure. (...)”*.

Article 166.2 refers to the need to ensure the principles of publicity and competence in negotiation procedures. Along these lines, the importance of respecting the principle of equal treatment in certain procedures, such as tendering with negotiation (Article 169.4), competitive dialogue (Article 175.2) and partnership for innovation (Article 179.5), is emphasised.

Article 207 requires contracting entities that have amended a contract during its term - irrespective of whether it is subject to harmonised regulation and of the grounds that justify the modification - to publish, in any case, an amendment notice in the contractor profile of the contracting entity within 5 days of its approval. If the contract also exceeds European thresholds, as a general rule, any such modification must also be published in the OJEU.

Article 321.1 guarantees that the awarding of contracts by public sector entities that do not have the status of contracting authorities also conforms to the principles to which we refer. It establishes that: *“The competent bodies of these entities shall approve instructions wherein they regulate the contracting procedures in a manner that guarantees the effectiveness of the principles of publicity, competition, transparency, confidentiality, equality and non-discrimination, and that the contracts are awarded to who present the best offer (...)”*.

Article 332 creates an Independent Procurement Regulation and Supervision Office, with the purpose of ensuring the correct application of the legislation and, in particular, of promoting competition and combating illegalities, in relation to public procurement. In the development of its activity and the fulfilment of its purposes, the Office will act with full organic and functional independence.

Although no part of the LCSP is specifically dedicated to the principles, the manner in which they are integrated into the legislation does allow us to affirm that they are codified in a systematic way.

These principles embraced by the LCSP are applicable to all public contracts, regardless of the amount and purpose thereof, and whether the contracting entity is a Public Administration or not, or a contracting authority or not. Additionally, it is recognised that the principles govern all stages of the life of the contract; *i.e.*, from the preparation and adjudication until the performance and extinction thereof. In this regard, in line with the jurisprudence of the CJEU, for Spanish legislators, the essential division in the matter of public procurement between contracts above and below the European thresholds loses all its meaning when it comes to applying the principles of public procurement.

It is true that Spanish legislators make special reference to the imposition of specific obligations linked to the principles in relation to contracts concluded by public administrations, and to procedures that mainly affect the awarding phase. However, it can certainly be concluded that, in Spanish legislation and the interpretation made by the bodies that interpret the same, the principles of public procurement as such are binding on all public sector entities and they must be respected throughout life of the business. Moreover, it is recognised that these principles acquire particular relevance in a legislation whose complexity has been increasing over time, and in which is prone to constant change. Hence, it is understood that they are directly applicable and, they also constitute guidelines for interpreting the entire system of public procurement law.

The Spanish Constitutional Court itself has reiterated the value of these principles for all public procurement and the guarantee offered in regard thereof by the basic State legislation on the matter, which the Autonomous Communities must

respect in their legislative developments. Worthy of note in this regard are SSTC 237/2016, 84/2015 and 56/2014.

3. PRACTICAL APPLICATION OF THE PRINCIPLES BY THE INSTITUTIONAL STRUCTURE LINKED TO PUBLIC CONTRACTS

One fundamental aspect is that, in Spain, the attention that both the doctrine and the different bodies that comprise the institutional structure related to public procurement pay to the principles on which this field rests is very intense. This is patently evident, for example, in the myriad doctrinal works that exist on the subject⁵; in the preparation by public sector entities of guidelines on specific

⁵ As an example: Razquin Lizarraga, Martín María; “Los principios generales de la contratación pública”, en *Tratado de Contratos del Sector Público*, (Dir. Eduardo Gamero Casado; Isabel Gallego Córcoles), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, 189-191; Moreno Molina, José Antonio; “Novedades en relación con los principios generales de la contratación pública”, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, núm. 23, 2017, 2799-2811; Cerrillo i Martínez; Agustí; “La integridad y la transparencia en la contratación pública”, *Anuario del Gobierno Local*, nº 1, 2018, 77-127; Gómez Fariñas, Beatriz; “El principio de proporcionalidad como parámetro de interpretación y control en materia de contratación pública”, *Observatorio de los contratos públicos 2016* (Dir: José María Gimeno Feliú), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 387-404; Valcárcel Fernández, Patricia; “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, *Por el Derecho y la Libertad*, Vol II, (Dir. José Eugenio Soriano García. Coord. Manuel Estepa Montero), Iustel, Madrid, 2014, 1901-1931; Bernal Blay, Miguel Ángel; “El principio de objetividad en la contratación pública”, *Documentación Administrativa*, nº 289, 2011, 129-150.

practical aspects of public procurement in which the principles have a major role⁶; in the studies that the different competition authorities have encouraged to analyse the best way to promote or respect compliance with some of the basic principles of public procurement, such as competition⁷; in the approval of different reports on public procurement advisory bodies that analyse the scope in specific situations of some of the principles of public procurement⁸; or in the existence of an inordinate number of resolutions from bodies that resolve conflicts in the matter - either administrative or jurisdictional bodies - which resolve the controversies brought

⁶ Example: ‘Guía de Integridad en la Contratación Pública’. Red de Entidades Locales por la Transparencia y Participación Ciudadana de la FEMP. La guía se estructura en 7 capítulos, vertebrando la norma a través del principio de integridad la visión de la contratación pública en la LCSP. <http://femp.femp.es/files/3580-2054-fichero/GU%C3%8DA%20DE%20INTEGRIDAD%20EN%20LA%20CONTRATACI%C3%93N%20P%C3%9ABLICA%20LOCAL.pdf>; “Guía para la inclusión de cláusulas ambientales y sociales en la contratación de la Junta de Andalucía” http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/rse/documentos/ccaa/andalucia/1-GuiaClausulasSocialesContratacion_JuntaAndalucia.pdf; “Instrucción para la incorporación de cláusulas sociales y ambientales en la contratación pública del Cabildo Insular de Tenerife y su sector público”, <https://heytenerife.es/export/sites/hey-tenerife/galleries/documentos-propuestas-gobierno/Version-Publica-INSTRUCCION-CLAUSULAS-SOCIALES-CABILDO-TENERIFE.pdf>

⁷ Example: Autoridad Vasca De La Competencia; “Guía sobre Contratación Pública y Competencia”; 2018: http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/guias_gidak/es_guias/adjuntos/GUIA_CONTRATACION_COMPETENCIA_es.pdf; Autoridad Catalana De La Competencia; “Guía para la prevención y detección de la colusión en la contratación pública”, 2010: <https://www.crisisycontratacionpublica.org/archives/649>.

⁸ Por todos, Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores. Ejercicio del derecho de acceso a un expediente de contratación: <https://docplayer.es/10021260-Informe-15-2012-de-19-de-septiembre-de-la-junta-consultiva-de-contratacion-administrativa-de-la-comunidad-autonoma-de-aragon.html>.

before them by applying reasoning constructed on the interpretation of the principles that may be affected in each case.

The foregoing allows us to conclude that, in Spain, the validity and application of the basic principles that affect public sector contracts is not merely formal, but that there is a deep-rooted awareness of their importance and, institutionally, genuine and verifiable efforts are made to consolidate the validity thereof.

In order to demonstrate that the principles of public procurement are in good health in Spain, and for illustrative purposes, the following pages offer a small selection of examples regarding the most salient principles in this matter, giving an account of the attention that they have been given. In doing so, particular attention is paid to the rich doctrine that over time has been constructed over these principles by contractual appeal bodies in matters of public procurement, as this is a clear sign of the legal effect of the principles.

3.1 Principle of equal treatment and the principle of non-discrimination

In Decision 410/2015 of the TACPJA, the matter of territoriality was raised in relation to a contract for the “Andalusian Health Service's Internal waste management service”. In the documents, both contractual as well as adjudication criteria, the existence of a waste treatment plant in the Autonomous Community of Andalusia was assessed and justified with the argument that the aim was to minimise environmental and health risk. Nonetheless, the Andalusian administrative tribunal dismissed the same, understanding that “*the distance between the centres and the treatment plant is a purely accidental issue, which prevents it from being considered as directly linked to the object of the contract*”; accordingly, the aforesaid

adjudication criterion of violated the principles of equal treatment and non-discrimination, as well as that of free competition. (In the same sense, Decision 365/2015 of the TACPJA and Decision 69/2015 of the TACRC).

In turn, Decision 407/2017 of the TACRC analyses the requirement of registration in the Carbon Footprint Registry set by the Tender Documents for the conservation and maintenance of a municipality's gardens. The administrative tribunal does not consider this requirement to be directly related to the object of the contract, and it is also contrary to the principle of equality. It reasons that: *“(...) the establishment of this criterion for evaluating tenders, when assessing the registration in the Carbon Footprint Registry, it will be difficult for companies not resident in Spain but resident other EU countries, with activity therein, to attend to this registration, so that the aforesaid criterion would favour companies resident in Spain, resulting in its being discriminatory and contrary to the general principles of public procurement. A violation of the principles of equal treatment and non-discrimination among potential tenderers is appreciated”*.

Also of interest is Resolution 38/2017 of the TACRC, wherein it is argued and explained how the submission of tenders in sealed envelopes and the maintenance of the secrecy thereof until the act of opening, in addition to a condition of equality for all tenderers, also constitutes a safeguard of the integrity of the contracting procedure, to prevent favourable treatment towards any of the tenderers.

3.2 Principle of proportionality

This principle is mentioned in Article 1.1 of the LCSP among the principles of public procurement, and it is reiterated thereafter by various precepts for specific issues. Thus, for example, article 74. 2 indicates that: *“The minimum solvency requirements to be met by the entrepreneur and the documentation required to*

accredit the same shall be indicated in the tender notice and shall be specified in the contract document; they must be linked to its object and be proportional to the same". While Article 49 of the LCSP alludes to the fact that the requirement of guarantees from tenderers or contractors must be proportionate.

Accordingly, different decisions from administrative tribunals of special appeal in this matter have based their decisions in respect of this principle. Thus:

In Decision 355/2017 of the TACRC, it is reasoned that proportionality also limits the evaluation of the social clauses in a contract. It is established that: *"On the other hand, this administrative tribunal, when it has admitted social clauses as criteria susceptible to evaluation in the awarding of contracts, has considered the necessary proportionality that must exist in comparison with all the other criteria, both subjective and objective. Within the value of the subjective ones, the allocation of 20 points for quality in employment is markedly superior to the other one, the service provision work plan, and also represents a very high percentage of the total score, which may be decisive for the awarding of the contract".*

The principle of proportionality also serves to remedy formal defects, as stated in Decision 497/2017 TACRC: *"This administrative tribunal, reiterating the doctrine of the JCCA, has repeatedly pronounced on the issue (....) we have configured a doctrine conducive to the correction of formal defects in the documentation accrediting compliance with the requirements of tenderers, but not of the existence of the requirement at the moment in which it is required. This doctrine is based on that of the Constitutional Court (...) regarding procedural requirements, which it declares lack their own substantivity, constituting means aimed at achieving certain purposes in the process, such that the possible anomalies thereof cannot become mere formal obstacles that are preclusive to such ends, resulting necessarily in an interpretation presided over by the criterion of*

proportionality between the purpose and actual entity of the defect detected and the consequences that may arise from the assessment thereof for the exercise of the right or of the action, a perspective that favours the remedying of defects whenever possible”.

In turn, Decision 648/2017 of the TACRC analyses proportionality in solvency requirements, and, reiterating that already said in other resolutions, it affirms that *“this requirement of proportionality is merely intended to prevent entrepreneurs fully qualified to perform the contract from being excluded from the tender owing to excessive solvency requirements”.*

Likewise, Decision 252/2019 of the TACRC, considers an appeal filed *“against the Tender Documents for the invitation to tender issued by Benidorm City Council Service to contract “the external technical environmental assistance service for the drafting, processing and execution of municipal planning and public works; annulling point 5.b) of article 10 of the PCAP and, consequently, rolling back the file to the moment of its approval in order for the contracting body to establish new forms of accrediting solvency that are proportionate to the object of the contract without any unjustified restriction on competition”.*

Proportionality is bound to free competition, as Decision 621/2017 of the TACRC reiterates: *“The determination of minimum solvency levels must be established by the contracting entity, although with absolute respect for the principle of proportionality, so that minimum solvency levels that do not observe the appropriate proportion with the technical complexity of the contract and its economic dimension must not be requested, without forgetting that they must be linked to the object of the contract”.*

3.3 Principle of confidentiality

Article 133 LCSP refers specifically to confidentiality, and, in line with the requirements of Art. 21 of Directive 2014/24/EU, states that, without prejudice of the legislation on access to public information (ie LTAIPBG) and the other LCSP provisions on the advertising of awarded contracts and to the information that must be furnished to candidates and tenderers; CA shall not disclose information forwarded by economic operators which designate as confidential when submitting their tenders, but CA must verify that said designation is properly made.

Confidentiality affects, among other issues, data protection, technical or commercial secrets, and any other types of information which may be used to distort competition, either in the current tender process or in subsequent ones. That said, immediately thereafter, the regulation qualifies that said duty of confidentiality cannot be extended to the entire content of the tender, nor to the entire content of the reports and documentation which, where applicable, the contracting authority generates in the course of the tender procedure. Additionally, confidentiality does not affect documents which can be consulted by third parties because are publicly accessible.

For some time now, both consultative and control bodies in the field of public sector contracts have been issuing relevant guidance on the scope of confidentiality regarding commercial secrets, and the influence of their doctrine is now patent in the LCSP. In this regard, as a general rule, given that confidentiality seeks to safeguard private interests, its protection may only be granted by the contracting authority if the owner of the confidential information requests its protection. Accordingly, denying access to information requested by other tenderers without a prior request for confidentiality from the interested party must be exceptional (e.g., that the information requested be classified as secret or reserved). On the other hand, the request for confidentiality from tenderers is necessary, but not binding on the contracting authority, which must verify whether the aspects labelled

as confidential by the economic operators deserve said qualification. When doing so, a balance between conflicting interests must be guaranteed. It should be acknowledged that the LCSP is pro-transparency, and that it provides for limited confidentiality. Although there are not general guidelines, when assessing the relationship between transparency and confidentiality, the public procurement control bodies insist on the fact that in the conflict between the unsuccessful tenderer's right of defence and the successful tenderer's right to the protection of its commercial interests, a necessary balance has to be sought so that neither of them are adversely affected beyond what is strictly necessary. In any case, the LCSP requires the contracting authority to provide sufficient reasons for a decision on whether to protect or not confidential information. What is necessary is that any decision adopted by a contracting authority on these matters be sufficiently well-founded and should contain in detail all the information needed in order the subject affected for it, if he deems it appropriate, can file a sufficiently substantiated appeal.

In practice, tenderers habitually apply for confidentiality for some parts of their tenders, particularly in contracts related with communications and telecommunication services or, ultimately, in contracts for the procurement of innovation. However, it is not unusual that they insist on confidentiality for some parts of their tenders in other types of contracts, and, where appropriate, this confidentiality is recognised by contracting authorities. Despite the Law's clarity, in practice, tenderers often apply for confidentiality for their whole tenders. When this occurs, the contracting authorities may proceed in different ways. It may be the case that, from the outset, they notify the tenderer that the generic confidentiality statement is inadmissible, and it must specify which concrete parts it deems confidential. In other cases, the contracting authorities only request clarification from the tenderer when a request for access to the tender is made by another tenderer. In order to facilitate the contracting authorities verification tasks, in practice, it is not

uncommon for tenderers to be asked not only to clearly indicate which tender documents should be covered by the confidentiality, but to submit a report justifying the grounds or circumstances on the basis of which said status should be recognised, and the specific damages that the disclosure of such documents could give rise to.

There are numerous decisions from administrative tribunals of special appeals in matters of procurement that address the outlines of the principle of confidentiality. These include Decisions 288/2014; 592/2014; 559/2018; 927/2018; 166/2019 and 360/2019 of the TACRC. Worthy of note within the scope of the Autonomic administrative tribunals is Decision 8/2016 of the TACP of Madrid, which alludes to the fact that the rights of access and confidentiality are applied in all phases of public procurement, not only to the awarding phase.

3.4 Principles of publicity and transparency

The principle of transparency is inextricably linked to the publicity and information that must be afford to both potential tenderers or candidates interested in a procurement procedure and to those who eventually become participating tenderers.

Transparency has received a notable fillip in the LCSP, to the point of it being indicated in its Preamble that transparency in this sector is the main objective pursued with this legislation. This is based on the belief that effective transparency in public procurement is the best mechanism for guaranteeing genuine competitive internal market in this sector.

Among the possible perspectives of transparency, the LCSP has paid particular attention to the so-called active transparency.

In LCSP “active transparency” to a large extent is organised by means of two website mechanisms: buyers’ profiles and the Public Sector Procurement Platform (PSPP).

The buyer’s profile refers to a suitably identified space which each contracting authority reserves on its official website for publishing the different items of information and documents on the contracts it concludes. The system created in 2007 but owing to the large number of entities with buyers’ profiles existing in Spain⁹, it was very difficult for economic operators interested in participating in public tenders to identify through these profiles those contracts which they may be interested in tendering for. To mitigate this problem, LCSP increased the role of PSPP. PSPP¹⁰ is a State single electronic platform in which the buyers’ profiles of all contracting authorities and public sector entities must be hosted, with a view to centralising information of all public procurement into one single portal. Through the PSPP, internet publicity is given to the calls for tender and the results thereof, as well as to additional information as may be obligatory or considered relevant to publish by State contracting authorities. In turn, the seventeen Autonomous Communities, as well as the two Autonomous Cities of Ceuta and Melilla, may choose between establishing platforms similar to the State’s central one, or using the PSPP. In order to enforce compliance with the inclusion of all buyers’ profiles in these platforms, Art. 39(2)(c) LCPS/ 2017 has linked the validity of the tendering procedures to the publication of the contract notice in a buyers’

⁹ There are more than 20 000 public entities with buyer’s profile.

¹⁰ <https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>.

profiles hosted in the PSPP or in a equivalent Platform at the autonomous community level. That is, the lack of publication of the contract notice in these platforms, determines the nullity of the contract.

Art. 63 LCSP provides that all public contracting authorities must publish a minimum series of data in freely accessible format in their buyer's profile. Many of these data must be uploaded prior to the award of a contract. Other data are published at later date, owing to the logical order of the proceedings to which they refer. The minimum information that these entities must compulsorily publish in their profiles is as follows: (i) The general information which may be used to interact with the contracting authority; (ii) Information pertaining to each of the contracts concluded by the contracting authority and at least, the following: (a) A report justifying why the celebration of the contract is needed; in the case of service contracts, the report on 'means test' explaining that the means available to the contracting authority are not sufficient to meet those services needed; justification for the procedure chosen for the award when other than open or restricted; contract documents (with administrative clauses and technical prescriptions governing the contract), or equivalent documents; file approval document; (b) Detailed object of the contract; term, base budget and the amount of the award, including VAT; (c) Prior information notices, calls for tender, notices of the adjudication and formalisation of contracts, notices of modification and the justification thereof, notices of design contests and the results of design contests, with the characteristic exceptions of procedures negotiated without publicity; (d) The means (*i.e.*: Official Gazettes, Platforms, OJEU), through which the contract has been published, and links to said publications; (e) The number and identity of the tenderers participating in the procedure; all minutes of evaluation boards pertaining to the award procedure or, where applicable, the decisions of the corresponding contracting authority; the evaluation report on the adjudication criteria quantifiable by means of a value

judgement on each of the bids; where applicable, reports on bids presumed to be abnormal; the contract award decision; (iii) Any decisions on not awarding the contract, or on withdrawing the award procedure, as well as the lodging of appeals and any possible suspension of the contract owing to the lodging of appeals must also be published in the buyer's profile; (iv) Information pertaining to minor contracts; (v) Composition of evaluation boards assisting the contracting authorities, as well as the appointment of the members of the experts committee or the specialised technical organisations for the application of the adjudication criteria which depend on a value judgement in those proceedings in which they may be necessary; (vi) Also the formalisation of public contracts between entities within the public sector (in-house providing) which amount is in excess of EUR 50,000. Information relating to assignments in excess of EUR 5,000 must be published in an aggregate manner at least quarterly; (vii) Any other data and documents pertaining to the contracting authorities' procurement activity.

The LCSP requires all information contained in the buyer's profiles to be published in open, reusable formats. The information published must be readily available to the public for at least 5 years, without prejudice to permitting access to previous files in the event of information requests. If the contracting authority decides not to publish some information in the buyer's profile, the LCSP requires that this be duly justified in the file.

Recommendation 1/2014, from the Public Procurement Advisory Board of Aragón, refers to the scope of transparency in public procurement.

Numerous decisions from administrative tribunals of special appeals on the matter of procurement refer to the relationship between confidentiality and transparency. Thus, for example, we can mention Decision 95/2017 of the Administrative Procurement Appeal tribunal of the Government of Andalusia, which

states that: *“a suitable balance must be found between the right of defence and that of protection for the commercial interests of tenderers. so that none of them suffers any disadvantage; nor can confidentiality cover the entire offer, or publicity and transparency imply unconditional access to the contracting file and the offers of all other tenderers”*. Or Decision 718/2015 TACRC, in which the tension arising from the opposition of confidentiality vs. publicity and transparency is addressed and it is explained that the declaration of confidentiality made by the successful tenderer cannot be extended to all documentation, with the obligation of reviewing this incorrect qualification falling on the contracting entity.

3.5 Principle of competition

The initial claim of the EU Directives on public contracts was to open up the public procurement market to competition.

Free competition means that all economic operators can participate on equal terms within the market. The distortion of competition may arise from both the performance of the contracting entities and from the economic operators in the award procedure.

In the LCSP, greater emphasis has been placed on free competition from the two perspectives involved.

On the one hand, the LCSP fosters rules that help to prevent the distortion of free competition, such as the aforementioned rules on active transparency. It also includes measures to encourage competition in public procurement procedures, such as the general obligation to split the the object of a contract into lots whenever possible.

In this regard, from a practical-functional point of view, Decision 211/2017 of the TACRC analyses whether the non-division of a contract into lots affects the arm's length principle. While Decision 976/2018 of the TACRC analyses whether a system of evaluating the economic offers established in a PCAP document infringes the principle of competition when establishing a threshold as of which the score for improvements in the price is not increased.

On the other hand, the LCSP also improves the techniques for preventing collusive practices. For instance, a duty under Art. 150(1) LCSP to notify the CNMC (or, where applicable, the corresponding competent autonomic authority), prior to awarding the contract, of any well-founded evidence of collusive behaviour in procurement procedures, in order for the CNMC to issue its views on the potential collusion in an expeditious procedure. The referral of said information will have suspensive effect on the procurement procedure. The suspensive effect of the award procedure when - during its development - the contracting authority detects signs of a possible collusive agreement is a new measure included by the LCSP. The previous legislation did not require it, and there are cases in which, in spite of the signs appeared before the award decision, the contract was finally awarded to a bidder that was later found guilty by a competition authority.

L'OFFICE DU JUGE DE LA LOI

La concrétisation des contrôles de la Loi¹

Julien BONNET², Agnès ROBLOT-TROIZIER³

INDEX

1. INTRODUCTION

2. UNE CONCRÉTISATION EN MIROIR

2.1. Les manifestations de la concrétisation

2.2. Les justifications de la concrétisation

3. UNE CONCRÉTISATION EN DEVENIR

3.1. Les troubles suscités par la concrétisation

3.2. La clarification nécessaire de la concrétisation

4. CONCLUSION

¹ Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, septembre - octobre 2017, p. 821-854.

² Professeur à l'Université de Montpellier, Centre d'études et de recherches comparatives constitutionnelles et politiques.

³ Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), membre du Centre de recherche en droit constitutionnel – Institut des sciences juridiques et philosophiques de la Sorbonne (UMR 8103).

1. INTRODUCTION

Après le «coup d'État de droit»⁴ de la jurisprudence Jacques Vabre et Nicolo et le «big bang juridictionnel»⁵ de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), les juges de la loi sont-ils sur le point de parachever une nouvelle révolution en concrétisant leur office? Une révolution «tranquille»⁶, sans véritable coup d'éclat, donc sans véritable renversement de l'ordre établi, mais plutôt une transformation de la manière dont la loi est jugée au regard de la Constitution et des traités. Il convient évidemment de ne pas céder à la tentation de l'emphase doctrinale en surestimant la portée de l'objet d'étude, d'autant que le phénomène observé n'en est qu'à ses balbutiements. Cependant, les manifestations d'une évolution sont suffisamment claires et nombreuses pour formuler une hypothèse: celle d'un mouvement global de concrétisation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi par les juges internes.

Envisager cette hypothèse suppose avant tout de définir la notion de contrôle concret. Le juriste rencontre là un sérieux obstacle, celui d'intégrer à sa réflexion un élément à la fois mystérieux et incontournable: le fait. Selon une approche courante mais imprécise, le contrôle concret est celui qui intègre le fait. Sans élargir le débat jusqu'à la

⁴ O. Cayla, «Le coup d'Etat de droit ? », Le débat, n° 100, 1998, p. 108.

⁵ D. Rousseau, « La question de constitutionnalité, un big bang juridictionnel », RD publ. 2009. 631.

⁶ C. Jamin, P. Jestaz, J.-P. Marguenaud, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061.

notion de réalisme⁷, la notion de contrôle concret est marquée du sceau de la polysémie et de l'ambivalence. Tous les auteurs le relèvent et rivalisent de pédagogie pour tenter de clarifier une notion purement doctrinale⁸, par définition obscure, pensée initialement pour le contrôle de la constitutionnalité des lois seulement et donc peu ou mal adaptée au contrôle de leur conventionnalité. De plus, les motivations adoptées par les juges ne sont pas toujours claires et assumées, elles sont parfois même contradictoires. À bien des égards, le contrôle concret de la loi relève traditionnellement dans notre système juridique de l'implicite. En dépit de ces ambiguïtés, il est tout de même possible de retenir quatre approches du contrôle concret⁹.

Dans un premier sens, qui est historiquement celui issu du système allemand de justice constitutionnelle, le contrôle est concret en raison des modalités d'accès au juge qui

⁷ R. Guastini, « Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, p. 431 ; « Le réalisme en droit constitutionnel », *Dossier, Cah. Cons. const.*, no 22, 2007.

⁸ O. Pfersmann, « Le renvoi préjudiciel sur exception d'inconstitutionnalité : la nouvelle procédure de contrôle concret a posteriori », *LPA* 2008, no 254, p. 103 ; M. Fatin-Rouge Stefanini, « La singularité du contrôle exercé a posteriori par le Conseil constitutionnel : la part de concret et la part d'abstrait », *Nouv. Cah. Cons. const.*, no 38, 2013, p. 211 ; dossier « La distinction entre contrôle abstrait et contrôle concret », *AJJC* 2013, 11-76 ; C. Lagrave, « Le caractère concret du contrôle de constitutionnalité a posteriori dans les modèles espagnol, italien et français », in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 231 ; L. Gay, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne-Lextenso, 2015, p. 117 ; D. Fallon, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel », *Congrès AFDC, Lille, 2017*, disponible sur <http://www.droitconstitutionnel.org>. Sur la question des « normes de concrétisation » employées par le Conseil constitutionnel, et plus largement sur la notion théorique de concrétisation du droit, v. M. Heitzmann-Patin, *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse dact., Paris I, 2017.

⁹ A. Vidal-Naquet, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in L. Gay (dir.), *La QPC. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 175.

attestent d'un lien avec le litige au fond. Cependant, ce premier sens risque une confusion avec la notion de contrôle incident, car, au-delà de la voie d'accès au juge, c'est surtout l'objet du contrôle et la manière de l'exercer qui importent¹⁰.

Dès lors, une deuxième approche insiste sur l'objet du contrôle, à savoir «une disposition législative qui a déjà vécu»¹¹ en ce qu'elle a été mise en œuvre et confrontée aux faits.

Dans un troisième sens, proche du précédent, le contrôle est concret au regard de la nature des éléments pris en compte par le juge. Ainsi, lorsque le juge de la loi se réfère implicitement ou explicitement aux faits afin de déterminer le sort de la loi, le contrôle se concrétise. Afin de mieux saisir ce à quoi renvoient ces insaisissables «faits», il semble pertinent de reprendre une distinction issue de la doctrine américaine du début du XXe siècle qui distingue les faits du litige intéressant seulement les parties au procès («adjudicative facts») et les faits généraux ou sociaux à l'origine de l'adoption de la loi («legislative facts»)¹². Dès lors que le juge prend en compte ces types de faits, son office s'oriente vers une nature concrète. Inversement, lorsque le juge apprécie seulement le texte de loi ou la norme générale et impersonnelle qui en découle, le contrôle tend vers l'abs-

¹⁰ A. Viala, « L'indifférence de la nature du contrôle de constitutionnalité au contexte de la saisine », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, op. cit., p. 105.

¹¹ A. Vidal-Naquet, op. cit., p. 197.

¹² K. Davis, « An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process », *Harvard Law Review*, Vol. 55, 1942, p. 364. V., J.-J. Pardini, *Le juge constitutionnel et le « fait » en Italie et en France*, Paris-Aix-en-Provence, Economica-PUAM, 2001, p. 360 ; L. Gay, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », op. cit.

traction. À cet égard, il est possible d'identifier des degrés de concrétisation (ou d'abstraction) car le contrôle n'est pas concret ou abstrait, il est plus ou moins concret ou abstrait. Prenant en considération les faits du litige (« adjudicative facts »), le juge exerce un contrôle qui pourra être qualifié de concret, mais qui sera plus ou moins concret selon l'importance accordée aux faits dans la solution du litige. Lorsqu'il prend en compte les faits généraux à l'origine de la loi (« legislative facts »), on pourra parler de concrétisation d'un contrôle abstrait, concrétisation plus ou moins poussée là encore selon l'importance accordée à ces faits généraux dans le raisonnement du juge.

Enfin, une quatrième approche du contrôle concret insiste sur les effets de la décision rendue par le juge. Plus la décision produira des effets concrets, proches du fait et de la situation du requérant, plus le contrôle sera réputé concret. Sous cet angle, la notion de contrôle concret insiste sur l'influence du contrôle, notamment de la loi, sur le litige : cette influence peut se mesurer en aval au regard des effets produits par le contrôle, mais aussi en amont au regard des effets attendus du contrôle.

Cependant, aucun système de contrôle de la loi n'est purement abstrait ou strictement concret. Chaque mécanisme recèle une dose de chacune de ces dimensions, en France comme à l'étranger¹³. Sans céder à la dogmatisation des catégories juridiques et des

¹³En ce sens, A. Stone, « Qu'y a-t-il de concret dans le contrôle abstrait aux États-Unis ? », RFDC, no 34, 1997, p. 227-250 ; C. Grewe, « À propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe : l'enchevêtrement des contentieux et des procédures », in Mélanges en l'honneur de Michel Fromont, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 255 ; A. Weber, « Notes sur la justice constitutionnelle comparée : convergences et divergences », AIJC, 2003 ; P. Martens, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », in Liber amicorum Robert Andersen, Bruylant, 2009, p. 423 ; G. Zagrebelsky, « Aspects abstraits et aspects concrets du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », LPA, 25 juin 2009, no 126, p. 12-17.

caractéristiques des modèles de justice constitutionnelle¹⁴, l'analyse proposée consiste à évaluer le niveau de prise en compte des éléments concrets dans les mécanismes de contrôle de la loi et à proposer l'hypothèse selon laquelle l'office des juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité se concrétise davantage, et ce dans tous les sens du terme, c'est-à-dire selon les quatre approches recensées. Le niveau de concrétisation des contrôles de la loi par les juges internes a franchi un seuil qui invite à repenser l'office du juge de la loi en France, à la fois dans sa configuration actuelle et dans les perspectives à venir.

L'accroissement de la concrétisation est avéré en ce qui concerne le contrôle de conventionnalité. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013¹⁵ et un arrêt Gonzalez-Gomez du 31 mai 2016 du Conseil d'État¹⁶, les juridictions judiciaires et administratives réalisent un dédoublement du contrôle de conventionnalité des lois. Au contrôle essentiellement abstrait exercé depuis les arrêts Jacques Vabre et Nicolo s'ajoute

¹⁴ G. Tusseau, Contre les « modèles » de justice constitutionnelle, Essai de critique méthodologique, Bononia University Press, 2009 ; M. Carpentier, « Pour de nouveaux "modèles" de justice constitutionnelle », RIDC, 2016, no 68.

¹⁵ Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénédé ; ibid. 153, point de vue H. Fulchiron ; ibid. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; ibid. 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; ibid. 2013. 663, point de vue F. Chénédé ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser ; ibid. 307, obs. J.-P. Marguénaud.

¹⁶ N° 396848, Lebon p. 208, concl. A. Bretonneau ; AJDA 2016. 1092 ; ibid. 1398, chron. L. Dutheil de Lamothe et G. Odinet ; D. 2016. 1470, obs. M.-C. de Montecler ; ibid. 1472, note H. Fulchiron ; ibid. 1477, note B. Haftel ; ibid. 2017. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; ibid. 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; ibid. 935, obs. RÉGINE ; ibid. 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2016. 439, obs. C. Siffrein-Blanc ; ibid. 360, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RFDA 2016. 740, concl. A. Bretonneau ; ibid. 754, note P. Delvolvé ; RTD civ. 2016. 578, obs. P. Deumier ; ibid. 600, obs. J. Hauser ; ibid. 802, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 834, obs. J. Hauser ; RTD eur. 2017. 319, obs. D. Ritleng ; Gaz. Pal. 2016, no 24, note M. Afroukh, no 27, p. 16, note P. Le Maigat et no 28, p. 29, note M. Guyomar ; JCP 2016. 864, note J.-P. Vauthier et F. Violla ; Dr. adm. 2016. Repère 7, obs. J.-H. Stahl ; Dr. fam. sept. 2016. Étude 15, J.-R. Binet et Comm. 178, note R. Vessaud.

un contrôle concret, pleinement assumé, centré sur la mise en œuvre particulière de la loi dans les faits de l'espèce. Le constat est moins évident pour le contrôle de constitutionnalité des lois, dès lors que les considérations abstraites dominent traditionnellement le contrôle a priori et a posteriori. Cependant, en plus des éléments concrets déjà présents dans l'office du Conseil constitutionnel, les décisions rendues ces derniers mois témoignent d'une intensification sans précédent de la présence du fait et d'un rapprochement vers la situation concrète du justiciable.

Au-delà du constat du degré de concrétisation, qui devra être démontré et précisé, l'analyse doit également intégrer les implications actuelles et futures de ce phénomène, car, en concrétisant le contrôle de la loi, les juges ne se contentent pas d'une réforme marginale. Au regard des nombreuses et nouvelles questions qui surgissent, c'est l'ensemble du processus juridictionnel, l'idée qui l'anime et son équilibre qui sont concernés. Sur un plan général, le mouvement de concrétisation interroge par exemple l'équilibre des pouvoirs entre le juge et la loi, la sécurité juridique, la place de l'intérêt du justiciable dans l'appréciation de la loi et l'influence respective de l'égalité et de l'équité dans la mise en œuvre de la loi. Sur un plan contentieux, la concrétisation des contrôles de la loi renouvelle bon nombre de questions, comme l'objet et la norme de référence du contrôle, l'intensité du contrôle, en particulier les modalités du contrôle de proportionnalité, ou l'articulation avec le contrôle abstrait. De même, la relation entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois est nécessairement affectée par le mouvement de concrétisation, tandis que les limites de ce mouvement pourraient être repoussées par les juges sans même qu'une réforme des textes soit envisagée. En outre, la concrétisation du contrôle de la loi implique nécessairement des ajustements dans la motivation des décisions de justice. Bien qu'une telle évolution ait déjà été enclenchée, nul doute que d'autres modifications pourraient intervenir prochainement. Plus qu'un pronostic, il s'agit bien d'un souhait au regard de l'enjeu pour le justiciable de pouvoir s'orienter dans le labyrinthe juridique que constitue l'organisation en France du contrôle de la loi.

En revanche, en dépit des évolutions concomitantes de la Cour de cassation sur cette question¹⁷, le mouvement de concrétisation ne se confond pas avec le contrôle de proportionnalité¹⁸ dont il n'est que l'une des modalités possibles. Aucune confusion entre ces deux notions n'est possible, dès lors que le contrôle de proportionnalité s'effectue également en dehors du contrôle de conventionnalité. De plus, les notions de contrôle de « proportionnalité » ou de « conventionnalité » dépendent de l'objet sur lequel ces contrôles portent : la problématique technique et théorique n'est pas identique selon qu'ils visent la loi, un acte de droit privé ou un acte administratif. Enfin, le contrôle de conventionnalité peut être abstrait et néanmoins s'exercer au terme d'un contrôle de proportionnalité. Réciproquement, il est théoriquement possible qu'un contrôle concret de conventionnalité soit mené sans que le juge exerce forcément un contrôle de proportionnalité. La prise en compte d'un élément factuel ne préjuge pas de la manière dont le juge apprécie ensuite le rapport d'adéquation entre une atteinte à une norme et les intérêts en présence : les deux questions sont situées sur des plans différents même si, en pratique, le contrôle concret de conventionnalité conduira fréquemment le juge à réaliser une appréciation en proportionnalité.

Esquisser un bilan critique de l'existant, comprendre ses implications directes, pointer les zones d'ombre et envisager les perspectives d'avenir, tel est l'objet de l'analyse de l'hypothèse envisagée ici : celle d'un mouvement global de concrétisation des contrôles

¹⁷ V. par ex., D. de Béchillon, « Observations sur le contrôle de proportionnalité », JCP 2016, suppl. au no 1-2, 11 janv. 2016, p. 27 ; A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », D. 2016. 137 ; X. Dupré de Boulois, « Regard extérieur sur une jurisprudence en procès », JCP 2016, no 18, 552 ; E. Jeuland, « Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », JCP 2016, suppl. au no 1-2, 11 janv. 2016, p. 24 ; J.-H. Robert, « La marée montante de la proportionnalité », JCP 2016. 401.

¹⁸ P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016. 578.

de la loi. Pour y parvenir, il est indispensable de penser ensemble les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité de la loi. Non pas que ces contrôles soient identiques, bien au contraire, mais parce que les spécificités formelles et matérielles de chacun rendent nécessaires une analyse croisée mettant en lumière leur destin commun. Depuis l'origine en effet, la mise en œuvre et les évolutions de ces deux contrôles de la loi se sont réalisées de manière corrélative. Il peut être brièvement rappelé à cet égard que ce n'est qu'à partir du moment où le juge de la constitutionnalité des lois a refusé de contrôler leur conventionnalité que les juridictions administratives et judiciaires se sont saisies de ce contrôle. Depuis lors, l'interaction permanente entre ces deux contrôles est inévitable puisque plusieurs juges sont chargés de les exercer et que la relation entre eux n'est pas déterminée par une stricte hiérarchie, comme celle qui existe, par exemple, entre un tribunal administratif et le Conseil d'État. Dotés du pouvoir juridictionnel de contrôler l'activité du législateur, les juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité se situent dans un espace de jeu institutionnel où les relations ne sont que rarement déterminées entre eux en termes d'autorisation ou d'interdiction expresses, mais en termes de complémentarité, voire de concurrence. Au sein de cette zone d'incertitude du droit, il est à la fois difficile et indispensable de cerner les dynamiques jurisprudentielles qui s'organisent autour de rapports de puissance, d'influence et de persuasion. Une analyse institutionnelle du contentieux juridictionnel, en particulier le contentieux de la constitutionnalité et de la conventionnalité de la loi, s'impose afin de comprendre les intérêts institutionnels et stratégiques qui animent les acteurs juridiques, et de mettre en lumière les soubassements axiologiques et la culture juridique qui animent une politique jurisprudentielle. Un tel regard institutionnel permet d'enrichir l'étude de la jurisprudence par la compréhension du comportement des acteurs juridictionnels, par la compréhension des choix à l'origine de leurs décisions. Grâce à cette grille de lecture de la jurisprudence, il est possible de dissiper le flou qui entoure la question de l'origine du mouvement de concrétisation et des pistes de réflexion émergent lorsque l'avenir de ce mouvement est envisagé.

Dans cette perspective, l'hypothèse soumise à la discussion invite d'une part à envisager une concrétisation en miroir. Le mouvement de concrétisation concerne en effet aussi bien le contrôle de conventionnalité que le contrôle de constitutionnalité, et l'origine de ce mouvement découle principalement du contexte concurrentiel entre les juges chargés de ces deux contrôles. Mais la concrétisation est d'autre part en devenir, au regard des incertitudes et critiques qui accompagnent ce mouvement, de son potentiel encore inexploré et du nécessaire travail de clarification que les juges devront amplifier.

2. UNE CONCRÉTISATION EN MIROIR

Partant de l'hypothèse selon laquelle les contrôles de la loi se concrétisent, il faut d'abord envisager les manifestations de cette concrétisation, tant dans la jurisprudence constitutionnelle que dans la jurisprudence administrative et judiciaire, pour mieux en démontrer la réalité. Il faudra ensuite se pencher sur les justifications d'une telle évolution du contentieux de la loi.

2.1. Les manifestations de la concrétisation

La concrétisation du contrôle de la loi s'observe du côté du juge de la conventionnalité – les évolutions récentes de la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État en témoignent –, mais elle apparaît également, bien que de manière plus insidieuse, du côté du juge de la constitutionnalité.

La concrétisation approfondie du contrôle de la conventionnalité de la loi

Si l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 et la décision Gonzalez-Gomez du Conseil d'État du 31 mai 2016 constituent des étapes importantes dans le contrôle de conventionnalité de la loi en ce que les deux Hautes juridictions procèdent à un contrôle *in concreto* de l'application de la loi à une situation

particulière, ces décisions ne constituent pas l'acte de naissance du contrôle concret de conventionnalité. Déjà présent dans la jurisprudence, cette modalité de contrôle a connu toutefois un approfondissement qui fait évoluer l'office du juge de la loi.

Les précédents sont plus nombreux, à tout le moins plus nettement identifiables, dans la jurisprudence administrative que dans la jurisprudence judiciaire.

S'agissant de la Cour de cassation, on se contentera de citer un arrêt du 3 mai 2007 dans lequel la deuxième chambre civile valide le raisonnement *in concreto* de la cour d'appel quant à la conventionnalité de la loi applicable en l'espèce. Selon la Cour de cassation, la cour d'appel a jugé « à bon droit que l'article L. 30 [du code des pensions de retraite des marins] (...) constitue, en l'espèce, une mesure discriminatoire, portant une atteinte non justifiée par un but légitime au droit de propriété (...) et que son application contrevient ainsi aux dispositions combinées des articles 14 de la Convention et 1er du Protocole additionnel no 1 à cette Convention »¹⁹. Comme l'a relevé la doctrine, « la Cour de cassation ne tire pas un trait de plume sur le texte français » ; elle « se borne simplement à constater que, dans le cas d'espèce, son application contreviendrait » au droit européen, ce qui « laisse implicitement entendre que, en d'autres circonstances, son application pourrait ne pas froisser l'ordre européen »²⁰. Dans cet arrêt, la Cour de cassation « n'énonce pas de façon abstraite que le code des pensions des marins serait en tout état de cause contraire aux exigences de la Convention » car c'est au terme « d'une appréciation *in concreto* de la situation des parties que la Cour de cassation décide que, dans ce cas d'espèce, l'article L.

¹⁹ Civ. 2e, 3 mai 2007, n° 05-19.439, D. 2007. 2336, chron. V. Vigneau ; *ibid.* 2008. 1167, obs. A. Leborgne ; RTD civ. 2007. 643, obs. R. Perrot.

²⁰ R. Perrot, RTD civ. 2007. 643.

30 ne répondait pas aux exigences de la Convention » : la « deuxième chambre civile emprunte ainsi à la Cour européenne sa façon de raisonner en s'attachant à vérifier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, au regard des faits de l'espèce et non de façon purement théorique et abstraite, les droits protégés par la Convention européenne peuvent être considérés comme effectifs et concrets »²¹. Aussi valide-t-elle l'appréciation concrète, fondée sur des éléments factuels propres à l'espèce, conduisant la juridiction du fond à ne pas faire application de la loi au litige.

La jurisprudence administrative est plus riche en la matière. Divers arrêts du Conseil d'État illustrent le contrôle concret de conventionnalité, notamment en droit des étrangers: dans l'arrêt *Belgacem*, le Conseil d'État, sans remettre en cause la législation française dans son principe, a jugé que son application peut, dans les circonstances propres à l'espèce, porter une atteinte excessive au droit à la vie privée et familiale protégé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH)²².

On notera toutefois que, dans l'arrêt *Belgacem*, le Conseil d'État ne se prononce pas explicitement sur la conventionnalité des dispositions législatives applicables en l'espèce, mais il contrôle directement la conventionnalité de la décision administrative

²¹ V. Vigneau, D. 2007. 2344.

²² CE, 19 avr. 1991, n° 107470, *Belgacem*, Lebon p. 152 ; AJDA 1991. 551, note F. Julien-Laferrière ; *ibid.* 1992. 15, chron. J.-F. Flauss ; D. 1991. 399, note X. Prétot ; RFDA 1991. 497, concl. R. Abraham ; *ibid.* 1992. 510, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre ; Rev. crit. DIP 1991. 677, note D. Turpin ; CE, 19 avr. 1991, n° 117680, *Mme Babas*, Lebon p. 162 ; AJDA 1991. 551, note F. Julien-Laferrière ; *ibid.* 1992. 15, chron. J.-F. Flauss ; D. 1991. 399, note X. Prétot ; RFDA 1991. 497, concl. R. Abraham ; *ibid.* 1992. 510, chron. V. Berger, C. Giakoumopoulos, H. Labayle et F. Sudre ; Rev. crit. DIP 1991. 677, note D. Turpin. En ce sens, M. Guyomar, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *Gaz. Pal.* 2016, no 28, p. 29.

d'expulsion prise en application de ces dispositions pour déterminer si, concrètement au regard de la situation particulière de l'individu concerné, elle méconnaît les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'arrêt Commune de Palavas les Flots est sur ce point intéressant en ce qu'il témoigne plus nettement du contrôle concret de conventionnalité de la loi²³. Était en cause une loi de validation qui, sous réserve de décisions de justice passées en force de chose jugée, validait des contrats conclus par les communes et leurs groupements pour la gestion de leurs services publics locaux d'eau et d'assainissement dans la mesure où ils seraient contestés pour un motif tiré de l'absence de caractère exécutoire de la délibération autorisant la signature du contrat. Constatant que l'intervention, au cours de l'instance, d'une loi de validation à effet rétroactif porte atteinte au droit des communes à un procès équitable issu de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État juge que seul un impérieux motif d'intérêt général est de nature à justifier une telle atteinte. Sans nier que la nécessité d'assurer la continuité du service public puisse constituer un motif impérieux d'intérêt général, le Conseil d'État constate que, en l'espèce, ce motif ne pouvait être retenu puisqu'avant l'intervention de la loi de validation, la commune avait fait usage de la possibilité que lui offrait une stipulation contractuelle de dénoncer le contrat. Aussi, dans les circonstances propres à l'espèce, le motif de continuité du service public de l'eau ne pouvait être qualifié de motif impérieux d'intérêt général. Le juge administratif ne remettait pas en cause pour autant la loi de validation, dès lors qu'elle était en elle-même justifiée par un tel motif. Il résulte donc de cet arrêt, comme en témoignent au

²³ CE, sect., 10 nov. 2010, n° 314449 et 314580, *Commune de Palavas-les-Flots et Commune de Lattes*, Lebon p. 249 ; AJDA 2010. 2183 ; *ibid.* 2416, chron. D. Bottegghi et A. Lallet ; D. 2010. 2842, obs. R. Grand ; AJCT 2010. 163, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2011. 124, concl. N. Boulouis ; Constitutions 2011. 81, obs. P. De Baecke ; RTD civ. 2011. 501, obs. P. Deumier.

demeurant les conclusions du rapporteur public²⁴, que la loi est abstraitement conforme aux exigences du droit européen, tout en conduisant à une application non conforme à celle-ci en l'espèce.

Une autre illustration du contrôle concret de conventionnalité des lois est offerte par des arrêts à la notoriété moindre. Par exemple, l'arrêt du 12 mars 2014, Société GSD Gestion²⁵, montre parfaitement par sa motivation les deux temps du contrôle de conventionnalité : d'abord abstrait puis concret. Examinant la conventionnalité d'une disposition législative du code monétaire et financier relative à la procédure suivie devant la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF), le Conseil d'État considère en premier lieu que, « eu égard au caractère et aux modalités de la procédure (...) ainsi qu'à la possibilité offerte aux personnes poursuivies de s'exprimer en dernier lieu lors de l'audience, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les modalités de la participation du membre du collège de l'AMF à la procédure de sanction seraient, par elles-mêmes, contraires au principe d'égalité des armes garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Puis il ajoute en second lieu que « les requérants n'établissent pas, au cas d'espèce, qu'ils auraient été privés de la possibilité de répondre aux observations du représentant du collège au cours de la procédure de sanction ». La terminologie employée par le Conseil d'État – « par elles-mêmes » puis « au cas d'espèce » – témoigne ici de la double nature du contrôle de conventionnalité : abstrait puis concret.

²⁴ N. Boulouis, « La double notion d'"inconventionnalité de la loi" », RFDA 2011. 124.

²⁵ N° 360642, Lebon T. p. 532. V. égal., CE, 6 févr. 2006, n° 268192, Wessang, Lebon p. 59 ; AJDA 2006. 342 ; ibid. 992, note P. Soubirous, dans lequel le Conseil d'État contrôle, de manière concrète, la conventionnalité d'une disposition législative qui a préalablement été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel.

Aucun de ces arrêts ne s'inscrit explicitement dans la dialectique contrôle abstrait/concret, bien que le juge ait conscience que le contrôle de conventionnalité, particulièrement en matière de droits fondamentaux, ne saurait négliger une appréciation in concreto. Si le contrôle de conventionnalité concret n'est une innovation ni totalement pour la Cour de cassation en 2013 ni complètement pour le Conseil d'État en 2016, cette jurisprudence restait parcellaire et surtout tacite. L'apport de la jurisprudence récente et particulièrement de l'arrêt Gonzalez-Gomez est d'avoir revendiqué, et même théorisé, la distinction contrôle abstrait/ concret de conventionnalité de la loi dans une décision de justice. À dire vrai, la distinction entre les deux contrôles est loin d'être aisée : il est « difficile de marquer de façon étanche la distinction entre les deux formes de contrôle » car il y a une « interaction permanente, dans le raisonnement juridique, de l'appréciation abstraite et de l'appréciation concrète »²⁶. L'identification du contrôle concret est moins l'œuvre du juge que celle de la doctrine qualifiant l'office du juge. C'est ce qui explique que les conclusions des rapporteurs publics soient à la fois plus riches et plus éclairantes que les arrêts du Conseil d'État.

Outre les conclusions de N. Boulouis sur l'affaire Commune de Palavas-les-flots et d'A. Bretonneau sur l'affaire Gonzalez-Gomez, les conclusions des rapporteurs publics révèlent que la logique d'un contrôle de conventionnalité in concreto était déjà bien présente dans l'esprit du juge administratif avant que le Conseil d'État l'assume plus explicitement dans ces affaires. Sans être exhaustif, deux exemples parmi d'autres peuvent être présentés.

²⁶ P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016. 578, préc. : le contrôle est « abstrait ou concret en fonction de la texture de l'article conventionnel, de sa plus ou moins grande précision, du type de contentieux auquel il est appliqué et de l'objet du litige soumis au juge ».

S'agissant des mesures d'isolement en prison, M. Guyomar indiquait qu'à son sens, « c'est seulement à la faveur du contrôle d'une mise à l'isolement déterminée, au terme d'une appréciation *in concreto*, qu'il est possible d'apprécier si les prescriptions de l'article 3 de la Conv. EDH ont été ou non méconnues », car telle est bien la démarche de la Cour de Strasbourg²⁷.

Dans le même sens, A. Courrèges soulignait que la législation française relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d'hospitalisation n'est pas « nécessairement viciée dans son principe », mais « comme souvent pour la confrontation avec la Convention, c'est dans l'application *in concreto* que des problèmes peuvent apparaître »²⁸.

À l'issue de cette présentation, il apparaît que le Conseil d'État, plus que la Cour de cassation, envisageait déjà le contrôle de conventionnalité à la fois de manière abstraite et comme le fruit d'une appréciation concrète. Il n'est évidemment pas étonnant que la jurisprudence administrative soit plus riche, dès lors que la Haute juridiction judiciaire en tant que juge de cassation n'a pas pour habitude de procéder à une appréciation concrète des faits, tandis que le Conseil d'État, juge de premier ressort, d'appel et de cassation, connaît le fait depuis l'origine et en connaît encore.

²⁷ M. Guyomar, Concl. sur CE, sect., 31 oct. 2008, n° 293785, Section française de l'Observatoire international des prisons, disponibles sur ArianeWeb, <http://www.conseil-etat.fr>.

²⁸ A. Courrèges, Concl. sur CE, sect., 9 juin 2010, n° 321506, Pierre L., disponibles sur ArianeWeb, <http://www.conseil-etat.fr>.

C'est ce qui explique que le tournant pris par la Cour de cassation en 2013 ait autant fait réagir la doctrine²⁹. Dans son arrêt du 4 décembre 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation décide de casser l'arrêt de la cour d'appel ayant annulé le mariage entre une femme et le père de son ex-mari, au motif que cette annulation revêt, à l'égard de cette femme, devenue veuve, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans. La cour d'appel avait accueilli la demande de nullité présentée par l'ex-mari et fils du défunt en s'appuyant notamment sur les « finalités légitimes » de l'interdiction du mariage entre un beau père et sa bru, prévu par l'article 161 du code civil, qui vise à maintenir des « relations saines et stables » et à « préserver les enfants » susceptibles d'être affectés par le changement de statut des adultes autour d'eux, le grand-père prenant en quelque sorte le rôle du père. Pour casser l'analyse du juge du fond, la Cour de cassation se fonde sur le droit au respect de la vie privée et familiale, tel qu'il résulte de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et s'appuie – s'éloignant ainsi de son office de juge du droit – sur deux circonstances de fait: la durée de l'union – plus de vingt ans – et l'absence d'opposition au mariage. Elle écarte ainsi l'application de la loi pour un cas particulier au profit des droits garantis par la Convention, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)³⁰.

²⁹ Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénédé ; *ibid.* 153, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. Chénédé ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser ; *ibid.* 307, obs. J.-P. Marguénaud.

³⁰ V. CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, B. L. c/ Royaume-Uni, RTD civ. 2005. 735, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 758, obs. J. Hauser.

Il est remarquable que l'arrêt de la Cour de cassation ait fait l'objet d'un communiqué qui insiste sur la portée de la chose jugée en précisant que, « en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné » et que « le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question ». Comme pour mieux circonscrire cette portée et la limiter au cas d'espèce, le communiqué ajoute à la motivation de l'arrêt en indiquant que le mariage avait été « célébré sans que le ministère public ait formé opposition au mariage, alors que les pièces d'état civil qui avaient été produites par les futurs époux révélaient nécessairement la cause de l'empêchement au mariage».

L'innovation que constitue cet arrêt du 4 décembre 2013 a été « imparfaitement qualifiée de “contrôle de proportionnalité” », ce qui a conduit à « occulter ou minimiser l'originalité de la décision »³¹. Car l'apport de l'arrêt ne résulte pas tant de l'exercice d'un contrôle de proportionnalité qui s'impose dans nombre de domaines, tant en vertu de la loi que de conventions internationales, ni de l'exercice du contrôle de conventionnalité des lois que la Cour de cassation assume depuis 1975³², mais bien de ce qu'elle a exercé un contrôle de conventionnalité *in concreto* en écartant l'application de la loi dont les conséquences sont, en l'espèce, disproportionnées.

La jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation offre d'autres illustrations de ce contrôle de conventionnalité concret. Le droit de la famille a d'abord été le terrain privilégié de ce contrôle. Dans un arrêt du 13 novembre 2014, la première chambre

³¹ F. Chénéde, « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », D. 2017. 953.

³² Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, no 73-13.556, Société Cafés Jacques Vabre, Bull. civ. 1975, ch. mixte, no 4.

civile casse un arrêt d'appel ayant rejeté, en application de l'article 16-11 du code civil, une demande d'exhumation du corps d'un prétendu père, non pour établir une filiation – une telle action étant prescrite –, mais au nom de l'intérêt primordial à connaître son ascendance génétique³³. Ainsi, la Cour de cassation crée une nouvelle voie de droit – l'« action tendant à la reconnaissance d'une ascendance génétique par voie d'expertise » – pour contourner une interdiction législative et satisfaire les exigences de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, duquel découle le « droit à l'identité » en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme³⁴. Dans un arrêt du 10 juin 2015, la même chambre casse et annule l'arrêt d'appel au motif que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions faisant valoir l'aménagement d'un « juste équilibre » dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne entre les droits des parties au litige en matière de filiation biologique³⁵. Si la censure décidée ici par la Cour de cassation repose sur une question de procédure, l'arrêt montre que les droits fondamentaux, conventionnellement garantis, peuvent tenir en échec la disposition législative – l'article 336 du code civil – sur laquelle s'était fondée la cour d'appel et qui justifiait de ne pas

³³ Civ. 1re, 13 nov. 2014, n° 13-21.018, D. 2015. 1070, note H. Fulchiron ; *ibid.* 649, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam. 2015. 54, obs. F. Chénédé ; RTD civ. 2015. 103, obs. J. Hauser ; JCP 2015, no 38, Doctr. 982.

³⁴ V. notamment, CEDH, 5e sect., 16 juin 2011, n° 19535/08, Pascaud c/ France, § 59, D. 2011. 1758, et les obs. ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke ; *ibid.* 1432, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2011. 429, obs. F. Chénédé ; RTD civ. 2011. 526, obs. J. Hauser : « La Cour considère que le droit à l'identité, dont relève le droit de connaître et de faire reconnaître son ascendance, fait partie intégrante de la notion de vie privée ».

³⁵ Civ. 1re, 10 juin 2015, n° 14-20.790. La CEDH se réfère à cette idée de « juste équilibre » dans son arrêt Pascaud c/ France, préc. (§ 60) : « La Cour doit rechercher si, en l'espèce, un juste équilibre a été ménagé dans la pondération des intérêts concurrents, à savoir, d'un côté, le droit du requérant à connaître son ascendance et, de l'autre, le droit des tiers à ne pas être soumis à des tests ADN et l'intérêt général à la protection de la sécurité juridique ».

examiner la demande car les conditions de son application n'étaient pas réunies³⁶. Ces deux exemples illustrent la censure par la Cour de cassation d'une «application d'articles du code civil trop implacable au regard des exigences de protection du droit au respect de la vie privée et familiale découlant de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme»³⁷. La Cour de cassation invite ainsi les juges du fond à exercer un contrôle de proportionnalité entre les intérêts en présence, même s'il ne s'agit que d'intérêts privés³⁸.

Hors du droit de la famille, la première chambre civile de la Cour de cassation a adopté un raisonnement similaire dans un arrêt du 15 mai 2015 dans lequel elle reproche à la cour d'appel de s'être déterminée sur le moyen tiré de la violation de la liberté d'expression telle que garantie par la Convention européenne des droits de l'homme « sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait »³⁹.

Enfin, toujours devant la première chambre civile⁴⁰, mais cette fois en application du droit de l'Union européenne et du droit international, la Cour de cassation a exercé un contrôle complet de conventionnalité d'une mesure d'interdiction de sortie du territoire

³⁶ V., J. Rubellin-Devichi, JCP 2015, no 38, Doctr. 982.

³⁷ J.-P. Marguénaud, « La mise en œuvre du principe de "proportionnalité privatisée" par la première chambre civile de la Cour de cassation », RTD civ. 2015. 825.

³⁸ Sur ce point et sur la notion de « proportionnalité privatisée », J.-P. Marguénaud, op. cit

³⁹ Civ. 1re, 15 mai 2015, n° 13-27.391, D. 2015. 1094, obs. A. T. ; ibid. 1672, note A. Bensamoun et P. Sirinelli ; RTD com. 2015. 509, obs. F. Pollaud-Dulian ; ibid. 515, obs. F. Pollaud-Dulian.

⁴⁰ Civ. 1re, 8 mars 2017, n° 15-26.66.

d'un enfant mineur, prise dans le cadre de la prévention des enlèvements internationaux d'enfants : dans un premier temps, la Cour observe, abstraitement, que « l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire sans l'accord des deux parents, prévue à l'article 373-2-6, alinéa 3, du code civil, est nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui en ce qu'elle vise à préserver les liens des enfants avec leurs deux parents et à prévenir les déplacements illicites, conformément aux objectifs poursuivis par le règlement (CE) no 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants » et que cette mesure est « également proportionnée aux buts poursuivis, dès lors que, n'interdisant la sortie du territoire de l'enfant que faute d'accord de l'autre parent, elle n'est pas absolue, et que, pouvant faire l'objet d'un réexamen à tout moment par le juge, elle n'est pas illimitée dans le temps », de sorte que n'est pas méconnu « le principe de libre circulation » ; puis, dans un second temps, elle se penche sur la situation concrète de l'espèce, notamment sur le comportement de la mère qui, en 2012, a refusé de restituer les enfants au père pendant quatre mois, nécessitant l'intervention d'une mesure d'exécution, et, en 2014, a ramené les enfants cinq jours après la date convenue, pour en déduire que la cour d'appel a ordonné, à bon droit, l'interdiction de sortie du territoire sans l'autorisation des deux parents.

Pionnière en matière d'appréciation in concreto de la proportionnalité des atteintes aux droits de la Convention européenne des droits de l'homme, la première chambre civile de la Cour de cassation a ensuite été suivie par d'autres chambres. Ainsi la chambre criminelle s'est progressivement convertie à ce contrôle. Comme le démontre le professeur J.-H. Robert, on pouvait encore écrire au début de l'année 2015 que la chambre criminelle était peu sensible aux sirènes de la proportionnalité; pourtant une ambiance favorable à ce principe s'est développée au cours de cette année, laquelle s'est confirmée par la suite. En rompant avec ses «habitudes antérieures », la chambre criminelle a accepté

d'examiner des pourvois fondés sur le principe de proportionnalité de la peine issu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dépouillant ainsi le juge du fond de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation sur ce point⁴¹.

Après un précédent quelque peu ambigu au regard du cadre procédural de l'espèce, mais dont l'implicite n'a pas échappé à la doctrine⁴², la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 25 octobre 2016⁴³, à propos d'une journaliste infiltrée, sous couvert d'une fausse identité, au sein du Front national pour réaliser une enquête sur l'idéologie et le fonctionnement interne du parti, que « si c'est à tort que la chambre de l'instruction retient que l'élément moral de l'escroquerie s'apprécie au regard du but poursuivi par l'auteur présumé des faits, l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors qu'il se déduit de ses énonciations que les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique, de sorte que, eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression ». La chambre criminelle se fonde donc sur une appréciation in concreto des faits de l'espèce pour contrôler la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression. Là

⁴¹ J.-H. Robert, « La marée montante de la proportionnalité », JCP 2016, no 14, 401.

⁴² Crim., 16 févr. 2016, n° 15-82.732 ; J.-H. Robert relève que, dans cet arrêt, tout en rejetant le pourvoi, la Cour de cassation « admet virtuellement la recevabilité du moyen » tiré de ce que la décision des premiers juges « porterait une atteinte disproportionnée aux droits » garantis par les textes conventionnels », op. cit.

⁴³ Crim., 26 oct. 2016, n° 15-83.774, D. 2016. 2216 ; AJ pénal 2017. 38, obs. N. Verly ; RSC 2016. 767, obs. H. Matsopoulou

encore la terminologie employée s’agissant du rôle des journalistes «dans une société démocratique » et la référence « aux agissements en cause » « en l’espèce » montrent que la Cour s’inscrit dans le cadre d’un contrôle concret de la conventionnalité de l’application, au cas d’espèce, des dispositions du code pénal relative à l’escroquerie.

Une autre illustration de ce développement du contrôle concret de conventionnalité devant les juridictions pénales est offerte par un arrêt du 1er février 2017 de la chambre criminelle qui marque bien la spécificité du contrôle du juge de cassation lorsqu’est invoquée la Convention européenne des droits de l’homme⁴⁴. Cette spécificité ressort de la comparaison de cet arrêt avec deux autres rendus le même jour, mais fondés sur les seules exigences du droit interne⁴⁵. Par ces arrêts, la Cour précise les exigences de motivation qui, en vertu du code de procédure pénale et du code pénal, pèsent sur le juge correctionnel: il doit motiver sa décision au regard des circonstances de l’infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges. Dans le cadre de son office de juge de cassation, la chambre criminelle se contente de s’assurer que les motifs sont dénués d’insuffisance comme de contradiction. Cette exigence de motivation s’impose naturellement lorsqu’est en cause, comme dans le troisième arrêt du 1er février 2017, la liberté d’expression telle que garantie par l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’homme, mais la Cour vérifie en outre que les juges du fond ont apprécié le caractère proportionné de l’atteinte portée par la sanction à cette liberté. Le contrôle de proportionnalité au regard de la Convention ne porte pas

⁴⁴ Crim., 1er févr. 2017, n° 15-84.511, AJDA 2017. 256 ; D. 2017. 961, note C. Saas ; AJ pénal 2017. 175, note E. Dreyer ; AJCT 2017. 288, obs. S. Lavric.

⁴⁵ Crim., 1er févr. 2017, n° 15-83.984 et n° 15-85.199, D. 2017. 961, note C. Saas ; *ibid.* 1557, chron. G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier.

seulement sur la déclaration de culpabilité – répondant à la question de savoir si la limitation de la liberté d’expression est nécessaire dans une société démocratique au regard d’autres intérêts, tels que le maintien de l’ordre public ou le respect de la vie privée –, il porte en outre sur le choix de la peine qui est nécessairement fonction de l’espèce. Sans effectuer elle-même le contrôle de proportionnalité de la peine prononcée par les juges du fond au regard de la liberté conventionnellement garantie, la Cour de cassation s’assure que ce contrôle a été effectué et qu’il l’a été correctement, en contrôlant les motifs de la décision qui, doivent être ni insuffisants ni contradictoires. Les termes de l’arrêt du 1er février 2017 sont explicites à cet égard. La Cour de cassation relève que l’exercice de la liberté d’expression peut être soumis à des restrictions ou à des sanctions qui constituent, « comme en l’espèce », des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la défense de l’ordre et à la protection des droits d’autrui.

Si les arrêts de la Cour de cassation ne sont pas toujours parfaitement clairs quant à l’exercice d’un contrôle de conventionnalité de la loi *in concreto*, s’il faut parfois se contenter d’expressions telles que « en l’espèce » et compter sur l’analyse des fins connaisseurs de la matière civile ou pénale, voire des analyses produites par la Cour de cassation elle-même dans des « notes explicatives », l’arrêt du Conseil d’État du 31 mai 2016, Gonzalez-Gomez, est quant à lui parfaitement explicite. Le Conseil d’État assume pleinement et revendique même son choix de procéder en deux temps clairement identifiés : celui du contrôle de conventionnalité abstrait, puis celui du contrôle de conventionnalité concret. Sans revenir sur les détails de l’affaire à l’origine de cet arrêt, qui a déjà fait l’objet de nombreux commentaires⁴⁶, on rappellera seulement que, par une motivation particulièrement détaillée, le Conseil d’État a d’abord constaté que l’article L. 24141-2 du

⁴⁶ CE, 31 mai 2016, n° 396848, préc.

code de la santé publique, qui prohibe l'insémination post-mortem⁴⁷, est compatible avec les stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme et, en particulier, avec son article 8. Il juge en effet que l'interdiction prévue par le droit français « relève de la marge d'appréciation dont chaque État dispose, dans sa juridiction, pour l'application de la Convention » et qu'elle « ne porte pas, par elle-même, une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale », tel qu'il est garanti par les stipulations de l'article 8. Il ajoute qu'est compatible avec la Convention et ne méconnaît pas par elle-même les exigences de l'article 8, l'interdiction d'exportation de gamètes, s'ils sont destinés à être utilisés, à l'étranger, à des fins qui sont prohibées sur le territoire national. Toutefois, sans s'en tenir à ce contrôle abstrait de la conventionnalité de la loi, le Conseil d'État précise que « la compatibilité de la loi avec les stipulations de la Convention européenne (...) ne fait pas obstacle à ce que, dans certaines circonstances particulières, l'application de dispositions législatives puisse constituer une ingérence disproportionnée dans les droits garantis par cette Convention », de sorte qu'il « appartient par conséquent au juge d'apprécier concrètement si, au regard des finalités des dispositions législatives en cause, l'atteinte aux droits et libertés protégés par la Convention qui résulte de la mise en œuvre de dispositions, par elles-mêmes compatibles avec celle-ci, n'est pas excessive ». Ainsi le Conseil d'État distingue deux étapes du contrôle de conventionnalité: le contrôle abstrait de la norme législative – ici une double interdiction d'insémination et de transfert à l'étranger dans un État qui autorise ce que la France prohibe – puis le contrôle concret de la mise en œuvre de la loi à une situation particulière. En se fondant sur un

⁴⁷ CSP, art. L. 2141-2 : « Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation ».

ensemble de circonstances particulières⁴⁸, le Conseil d'État a jugé qu'en l'espèce le refus opposé à la requérante « sur le fondement des dispositions (...) du code de la santé publique – lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français – porte (...) une atteinte manifestement excessive à son droit au respect de la vie privée et familiale protégé par les stipulations de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés ».

Si l'arrêt Gonzalez-Gomez ne constitue pas une révolution dans la mesure où le Conseil d'État pratiquait déjà, on l'a dit, le contrôle concret de conventionnalité lorsque l'administration disposait, dans l'application de la loi, d'une marge d'appréciation, il n'en demeure pas moins qu'un tel contrôle a dorénavant une portée, non seulement plus assumée, mais aussi plus marquée en ce qu'il concerne des interdictions législatives. Le juge administratif, à l'instar du juge judiciaire, adopte une solution *contra legem* pour satisfaire les exigences européennes: il réalise donc un contrôle concret de conventionnalité plus puissant que celui qu'il réalisait auparavant.

C'est là l'une des raisons essentielles des réactions doctrinales, parfois très critiques⁴⁹, à l'égard des arrêts sus-évoqués. La mesure de l'innovation du côté de la Cour de cassation et du côté du Conseil d'État diffère. Du côté de la Cour de cassation, le contrôle de conventionnalité s'inscrit dans le développement du principe de

⁴⁸ Au titre des circonstances concrètes prises en compte, il y a : le projet d'enfant du couple, projet mûrement réfléchi et programmé ; le décès prématuré du mari ; l'accord du mari à ce que soit pratiquée une insémination artificielle avec ses gamètes, y compris à titre posthume en Espagne, pays d'origine de sa femme ; l'absence d'intention frauduleuse de la part de celle-ci de chercher à contourner la loi française, son installation en Espagne étant guidée par la volonté d'accomplir son projet dans le pays où demeure sa famille qu'elle a rejointe.

⁴⁹ Sur ce point, v. *infra* sur les craintes d'un déséquilibre structurel du système juridique.

proportionnalité comme motif de cassation des arrêts d'appel, la Cour de cassation reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir exercé – faute d'avoir pris en compte l'exigence de proportionnalité – ou de ne pas avoir pleinement exercé – faute d'avoir tenu compte des circonstances particulières de l'es- pèce – un contrôle de la proportionnalité de l'atteinte aux droits conventionnellement garantis. Le principe de proportionnalité, qui exige une appréciation au cas par cas, en considération des faits de chaque espèce par les juges du fond, devient un motif de cassation lorsque sont en cause les exigences du droit européen : l'arrêt pionnier du 4 décembre 2013 a été, sous cet angle, le point de départ d'une « révolution tranquille » à la Cour de cassation⁵⁰. Du côté du Conseil d'État, l'appréciation de l'arrêt Gonzalez- Gomez est d'une certaine manière « biaisée » par la révolution que connaît la Cour de cassation⁵¹. L'arrêt Gonzalez-Gomez n'est en effet pas révolutionnaire pour un Conseil d'État déjà familier, dans le cadre de ses différents offices, des faits, du contrôle de proportionnalité et du contrôle concret de conventionnalité des lois⁵². Comme cela a pu être souligné, « tout au plus, est-il possible de considérer que la nouveauté réside dans l'application de ce contrôle concret à un

⁵⁰ P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061.

⁵¹ Sur le principe de proportionnalité comme point central d'une réforme de la Cour de cassation relative à la motivation des arrêts, v. notamment : « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », Actes de la conférence-débat du 24 nov. 2015, JCP 2016, supplément au no 1-2.

⁵² En ce sens, B. Seiller s'interroge : « N'est-ce pas, en effet, un contrôle concret de la conventionnalité des lois auquel se livre le juge administratif lorsque, par ex., il annule une décision de reconduite à la frontière d'un étranger pour atteinte excessive au même droit protégé par l'art. 8 de la Convention européenne ? Le juge administratif n'a-t-il pas admis de longue date la conventionnalité globale de la législation française en la matière mais ne se réserve-t-il pas, une fois l'appréciation abstraite opérée, le droit d'affirmer que, dans les circonstances particulières de l'espèce, la législation produit des effets concrets incompatibles avec le droit au respect de la vie privée ? », in « Le juge du référé-liberté peut se prononcer sur l'exception d'inconventionnalité d'une loi », Gaz. Pal., no 35, p. 30.

dispositif législatif d'interdiction alors qu'il semble n'avoir jusqu'alors (...) été opéré qu'à l'égard de dispositifs législatifs d'autorisation »⁵³. En ce sens, l'arrêt Gonzalez-Gomez n'est qu'un approfondissement de la jurisprudence Nicolo dès lors que le contrôle *in concreto* permet au juge d'autoriser ce que la loi interdit⁵⁴. La particularité de l'affaire Gonzalez-Gomez en ce qu'elle met en cause un interdit législatif, particularité que l'on retrouve dans certains des arrêts de la Cour de cassation, était mise en lumière dans les conclusions du rapporteur public⁵⁵. Après avoir cité quelques illustrations du contrôle concret de conventionnalité dans la jurisprudence administrative, elle admet que « ces précédents (...) ne sont pas tout à fait transposables » et reconnaît que la difficulté particulière de l'affaire Gonzalez-Gomez tient dans le caractère absolu de l'interdit posé par la loi : faute de marge d'appréciation, un contrôle *in concreto* semble « inatteignable » en l'état de la jurisprudence antérieure⁵⁶.

Reste que, sans innover, le Conseil d'État aurait pu s'en tenir à la technique de l'interprétation conforme, comme le proposait au demeurant le rapporteur public utilisant l'expression symptomatique de « réserve conventionnelle ». En reprenant en effet la

⁵³ B. Seiller, *op. cit.*

⁵⁴ Il faut relever que, logiquement, il permet également à l'administration de ne pas appliquer la loi dans certaines circonstances particulières au motif qu'il serait porté une atteinte excessive aux droits des administrés.

⁵⁵ A. Bretonneau, RFDA 2016. 740.

⁵⁶ *Ibid.*

logique de l'arrêt Bitouzet⁵⁷, le Conseil d'État aurait pu procéder à une interprétation des dispositions législatives qui en réduise la portée pour les rendre compatibles avec les exigences du droit européen. Cette technique classique de l'interprétation conforme – aux engagements internationaux ou à la Constitution – est qualifiée de « réserve conventionnelle » et fait ainsi écho à la technique des réserves d'interprétation utilisées par le Conseil constitutionnel pour déclarer la loi conforme à la Constitution, tout en aménageant sa portée pour qu'elle soit parfaitement conforme aux exigences constitutionnelles.

Le Conseil d'État n'a pas fait le choix de cette « réserve conventionnelle ». Il a explicitement opté pour un contrôle de conventionnalité en deux étapes : l'une impliquant une appréciation *in abstracto* du contenu de la loi, puis l'autre relevant d'une appréciation *in concreto* de l'application de la loi. Ce choix délibéré montre que le Conseil d'État entend s'inscrire dans le tournant initié par la Cour de cassation. En retour, la Cour de cassation, qui initialement, n'avait pas nettement distingué le contrôle abstrait puis concret de conventionnalité et s'était contentée d'écarter l'application de la loi en se fondant sur l'atteinte disproportionnée aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, s'est laissée convaincre par le raisonnement plus construit du Conseil d'État. Dans son arrêt du 9 novembre 2016 en effet, la première chambre civile juge que les dispositions législatives applicables, « qui ménagent un juste équilibre entre le droit à la connaissance et à l'établissement de son ascendance, d'une part, les droits des tiers et la sécurité

⁵⁷ CE, 3 juill. 1998, n° 158592, Bitouzet, Lebon p. 288, concl. R. Abraham ; AJDA 1998. 639 ; *ibid.* 570, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ; *ibid.* 2014. 112, chron. Y. Robineau ; D. 2000. 256, obs. P. Bon et D. de Béchillon ; RFDA 1998. 1243, concl. R. Abraham ; *ibid.* 1999. 841, note D. de Béchillon.

juridique, d'autre part, ne méconnaissent pas les exigences résultant de l'article 8 » de la Convention ; puis elle ajoute « qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ». La terminologie employée, identique à celle du Conseil d'État, n'est naturellement pas anodine et montre que ce qui avait pu apparaître en 2013 comme une « solution d'espèce » s'inscrit définitivement dans une démarche de concrétisation du contrôle de conventionnalité : le contrôle concret de l'application de la loi à une situation particulière fait suite à un premier contrôle abstrait du contenu de la loi.

Le dialogue qui s'est installé entre la Cour de cassation et le Conseil d'État sur les modalités du contrôle de conventionnalité de la loi trouve aussi un écho dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui semble s'engager sur la voie d'une concrétisation accrue du contrôle de la constitutionnalité des lois.

La concrétisation accrue du contrôle de constitutionnalité de la loi

Il est classique de dire que le contrôle de constitutionnalité des lois dans notre système juridique est un contrôle abstrait : il est dénué de rapport avec un litige concret dès lors que, dans le cadre du contrôle a priori, il n'y a pas en tant que tel de litige et que, dans le cadre du contrôle a posteriori, le Conseil constitutionnel n'est pas saisi du litige, mais seulement de la question de constitutionnalité posée à l'occasion de celui-ci.

Cette vision binaire des choses ne correspond plus à la réalité du contentieux. Divers auteurs ont souligné des phénomènes épars de concrétisation du contrôle de

constitutionnalité dans la juris- prudence constitutionnelle⁵⁸. La technique des réserves d'inter- prétation, le contrôle de proportionnalité, l'examen du respect du principe d'égalité, sont autant de manifestations de la concrétisa- tion du contrôle de constitutionnalité dans la mesure où le Conseil constitutionnel est ainsi conduit à s'intéresser aux effets produits, réels ou supposés, par la loi. La prise en compte des motifs de la loi, de même que l'interprétation « actualisée » des dispositions constitutionnelles à la lumière des évolutions « sociétales » ou technologiques, supposent également que le juge constitutionnel se penche sur le contexte factuel de son contrôle.

Cette concrétisation s'est naturellement accentuée avec l'en- trée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité. Ce contrôle, censé être abstrait, ne peut être totalement indifférent aux faits : la question de constitutionnalité porte sur une dispo- sition législative dont l'application au litige induirait une mécon- naissance des droits et libertés constitutionnellement garantis ; les arguments d'inconstitutionnalité présentés par l'auteur de la QPC devant les juridictions administratives et judiciaires, mais aussi devant le Conseil constitutionnel, sont bien souvent empreints d'éléments factuels, de contextualisation, tendant à démontrer la violation des droits.

⁵⁸ V., L. Gay, « Redéfinir le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne-Lextenso, 2015, p. 117 ; A. Viala, « L'indifférence de la nature du contrôle constitutionnalité au contexte de la saisine », in op. cit., p. 105 ; D. Fallon, « Le contrôle concret de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel », Congrès AFDC, Lille, 2017, disponible sur <http://www.droitconstitutionnel.org>. V. égal., le dossier « Le réalisme en droit constitutionnel », Cah. Cons. const., no 22 2007 ; S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 147, 2016 ; J.-J. Pardini, « La prise en compte des faits de l'espèce dans le jugement de la constitutionnalité des lois », in L. Gay (dir.), *La QPC. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 223 ; M. Fatin-Rouge Stéfanini, K. Roudier, « Les suites des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles dans le cadre des questions d'inconstitutionnalité », in L. Gay (dir.), *La QPC. Approche de droit comparé*, Bruylant, 2014, p. 311.

Des phénomènes de concrétisation ont pu ainsi être observés dans le filtrage des QPC par les juridictions administratives et judiciaires. La Cour de cassation et le Conseil d'État, mais bien plus la première que le second, ont opté pour une lecture plus subjective des conditions de renvoi que ne le laissait penser le texte de la loi organique relative à la QPC⁵⁹. Ainsi la Cour de cassation refuse parfois de renvoyer une QPC au motif que le justiciable n'a pas d'intérêt à soulever la QPC⁶⁰, ce qui constitue une appréciation par nature subjective et concrète de la QPC, dépendante de la situation juridique du justiciable⁶¹. Quant au Conseil d'État, il prend parfois en considération l'incidence de l'inconstitutionnalité alléguée, à la supposer réelle, sur la solution du litige⁶² et refuse de renvoyer au Conseil constitutionnel une QPC mettant en cause une loi qui, relativement à la situation litigieuse, a produit tous ses effets antérieurement à l'entrée en vigueur de la

⁵⁹ Les trois conditions de renvoi telles qu'elles sont posées par la loi organique mettant en œuvre la QPC sont les suivantes : la disposition législative en cause doit être applicable au litige ou à la procédure, ou constituer le fondement des poursuites ; la disposition législative en cause ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, à la fois dans les motifs et le dispositif d'une de ses décisions, sauf changement de circonstances ; la question de constitutionnalité doit présenter un caractère nouveau ou sérieux (art. 23-4 de l'ord. du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel).

⁶⁰ Crim., 9 mai 2012, no 12-81.242 ; Crim., 25 juin 2013, n° 13-84.149, RTD eur. 2014. 440, obs. S. Adalid ; ibid. 465, obs. B. Thellier de Poncheville et no 13-84.355.

⁶¹ Sur ce point, v. A. Roblot-Troizier, « Existe-t-il un intérêt à soulever une question prioritaire de constitutionnalité ? », in L'accès au juge : l'intérêt à agir, sous la dir. de C. Teitgen-Colly, LGDJ, 2016, p. 70. V. égal., A. Roblot-Troizier, « Les disparités de filtrage des QPC entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », in J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun (dir.), La QPC : une révolution inachevée ?, Institut universitaire Varenne-LGDJ, 2016, p. 67.

⁶² CE, 19 janv. 2011, n° 343389, EARL Schimttseppel, Lebon T. p. 761, 947, 949, 1115 et 1123 ; AJDA 2011. 138 ; RFDA 2011. 611, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau. Et du côté de la Cour de cassation, v. Crim., 11 juill. 2012, no 11-88.430 : non-renvoi de la QPC dès lors qu'une « déclaration d'inconstitutionnalité, à la supposer encourue, serait sans incidence sur la solution du pourvoi ». V. égal., Civ. 2e, 23 janv 2014 ou Civ. 2 e, 7 juin 2012, no 12-60.235 et Civ. 1 re, 4 juin 2013, n o 13-40.013.

Constitution de 1950⁶³. Si le filtrage des QPC implique une forme de concrétisation dans la mesure où la question de la constitutionnalité de la loi n'est pas totalement indépendante de la situation factuelle, le contrôle de la loi par le Conseil constitutionnel n'est pas dénué de considérations concrètes.

Sans revenir sur l'ensemble des techniques usitées, on se contentera de rappeler que les faits sont nécessairement pris en considération par le Conseil dans diverses hypothèses : lorsqu'il identifie un changement de circonstances de fait justifiant qu'une disposition législative déjà jugée conforme à la Constitution soit à nouveau examinée⁶⁴; lorsqu'il prend en compte l'interprétation constante des juridictions administratives et judiciaires, soit pour vérifier que la disposition législative telle qu'interprétée est conforme à la Constitution⁶⁵, soit pour en faire un motif de la constitutionnalité de la disposition législative⁶⁶; lorsqu'il diffère dans le temps les effets de l'abrogation de la loi inconstitutionnelle au regard des « conséquences manifestement excessives » d'une abrogation immédiate. Une illustration de cette prise en compte du concret est offerte par la technique des « normes transitoires » ou « réserves transitoires » dont le Conseil constitutionnel assortit parfois ses déclarations d'inconstitutionnalité. Par de telles « normes » ou

⁶³ CE, 4 mai 2016, n° 395466 et 395467, Mme F... et autres, Lebon p. 156, concl. B. Bourgeois-Machureau ; AJDA 2016. 925 ; ibid. 1168, chron. L. Dutheil de Lamothe et G. Odinet ; Constitutions 2016. 625, chron. A. Siffert ; sur ce point v. L. Dutheil de Lamothe et G. Odinet, « La QPC ne remonte pas le temps », AJDA 2016. 1168.

⁶⁴ Par ex., Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC, M. Daniel W. et autres, .

⁶⁵ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. ; Cons. const., 14 oct. 2010, n° 2010-52 QPC, Compagnie agricole de la Crau.

⁶⁶ Par ex., Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2011-210 QPC, Ahmed S.

« réserves », le Conseil définit les conditions d'application d'une disposition législative inconstitutionnelle dont l'abrogation a été différée. La disposition législative inconstitutionnelle est maintenue en vigueur, mais elle est accompagnée d'une norme qui s'appliquera de manière transitoire jusqu'à l'adoption de la loi nouvelle ou, à défaut, jusqu'à la date de prise d'effet de l'abrogation. Par exemple, dans la décision du 4 décembre 2015⁶⁷, le Conseil constitutionnel reporte au 1er octobre 2016 l'abrogation de la loi contestée, mais impose d'appliquer immédiatement la norme suivante : « il y a lieu de juger que les dispositions du troisième alinéa de l'article 56 du code de procédure pénale ne sauraient être interprétées comme permettant, à compter de cette publication, la saisie d'éléments couverts par le secret du délibéré ». De même, dans sa décision du 21 octobre 2016⁶⁸, le Conseil constitutionnel décide de reporter dans le temps l'abrogation d'un article du code de la sécurité intérieure sur la surveillance des transmissions empruntant la voie hertzienne, report décidé au regard des conséquences manifestement excessives qu'aurait l'abrogation immédiate de ladite disposition en ce qu'elle priverait les pouvoirs publics de toute possibilité de surveillance dans un contexte de menace terroriste. Toutefois, il définit les règles applicables jusqu'à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi ou, au plus tard, à la date de l'abrogation, afin de « faire cesser l'inconstitutionnalité constatée » dès la publication de sa décision : il en précise l'interprétation, le champ d'application et les conditions de mise en œuvre en imposant notamment que la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement soit régulièrement informée des mesures prises.

⁶⁷ Cons. const., 4 déc. 2015, n° 2015-506 QPC, M. Gilbert A.

⁶⁸ Cons. const., 21 oct. 2016, n° 2016-590 QPC, La Quadrature du Net et autres.

Ces phénomènes de concrétisation du contrôle de constitutionnalité semblent connaître, depuis la concrétisation assumée du contrôle de conventionnalité des lois par les juridictions administratives et judiciaires, un accroissement : comme pour répondre à cette évolution du contrôle de conventionnalité de la loi, le Conseil constitutionnel doit renforcer l'efficacité et l'attractivité de son contrôle de constitutionnalité des lois et cette réponse s'exprime par la concrétisation accrue de son contrôle de la loi.

Il peut être relevé d'abord que le Conseil constitutionnel a approfondi l'intensité de son contrôle de proportionnalité exercé dans le cadre du contrôle de la loi. Dès 2008, le Conseil constitutionnel avait fait le choix de couler son contrôle des atteintes à la liberté individuelle dans le moule du contrôle de proportionnalité, tel qu'opéré tant par la Cour européenne des droits de l'homme que par la Cour de justice de l'Union européenne, en décidant d'apprécier les dispositions législatives limitant la liberté individuelle à l'aune du triple test de l'adaptation, de la nécessité, et de la proportionnalité à l'objectif poursuivi⁶⁹. Cette intensification du contrôle semblait devoir être étendue à l'atteinte à d'autres libertés, particulièrement à la liberté d'expression et de communication, comme l'annonce la décision Hadopi de 2009⁷⁰. Pourtant, dans cette dernière décision comme dans les suivantes, le Conseil constitutionnel ne contrôlait pas concrètement si les atteintes à la liberté d'expression et de communication étaient nécessaires, adaptées et proportionnées, de sorte que le contrôle de proportionnalité relevait de la simple rhétorique juridictionnelle.

⁶⁹ Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, consid. 13 à 23.

⁷⁰ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, consid. 15.

Or le Conseil constitutionnel a récemment fait évoluer sa jurisprudence sur ce point. Par trois décisions rendues au début de l'année 2017⁷¹, le Conseil constitutionnel ne se contente plus d'affirmer, de manière péremptoire, que les atteintes à la liberté d'expression et de communication sont nécessaires, adaptées et proportionnées ; il vérifie « concrètement » chacune de ces exigences. L'approfondissement de son contrôle de proportionnalité implique que, par une motivation différenciée, il apprécie d'abord la nécessité de la mesure, puis son caractère adapté et enfin sa proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi. Le choix d'une motivation détaillée, manifestant la volonté du Conseil de réaliser un contrôle entier et complet de proportionnalité, peut être mis en parallèle avec l'approfondissement du contrôle de conventionnalité⁷² : le Conseil se doit de donner des gages, de prouver l'efficacité, voire l'intérêt du contrôle de constitutionnalité par rapport à un contrôle de conventionnalité poussé de la loi.

La même remarque pourrait être formulée s'agissant du phénomène de « concrétisation des réserves d'interprétation » dont témoigne la jurisprudence constitutionnelle récente⁷³. Sans qu'il soit possible d'identifier une décision de principe, on

⁷¹ Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté ; Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes] ; Cons. const., 16 mars 2017, no 2017-747 DC, Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse.

⁷² Est ici à l'œuvre la même réaction que celle qui a pu être observée s'agissant du contrôle de la constitutionnalité des validations législatives, conduisant le Conseil à modifier les termes de son contrôle en exigeant un « impérieux motif d'intérêt général » pour éviter de donner prise à une appréciation différenciée de la conventionnalité de la loi par rapport à l'appréciation de sa constitutionnalité qu'il aura réalisée en amont ; sur ce point, v. infra.

⁷³ Sur ce point, v. J. Bonnet et A. Roblot-Troizier, « Chronique de droits fondamentaux et libertés publiques », Nouv. Cah. Cons. const., no 55-56, juin 2017, p. 140. Cons. const., 16 mars 2017, no 2017-747 DC, Loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse, préc. ; Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, M. Sofiyan I. Déjà deux décisions

constate que, notamment en 2017⁷⁴, le Conseil constitutionnel fait dis- crètement évoluer sa pratique des réserves d'interprétation : elles deviennent de plus en plus précises et concrètes. Ainsi, dans sa décision QPC du 24 janvier 2017⁷⁵, le Conseil constitutionnel entend, par des réserves, mettre fin à la « pratique de contrôles d'identité généralisés dans le temps ou dans l'espace » résul- tant d'une application détournée de la loi et contestée par les requérants en l'espèce. Dans sa décision DC du 16 mars 2017⁷⁶, il assortit la déclaration de constitutionnalité de la loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse (IVG) de plusieurs réserves d'interprétation qui, par leur précision, ont vocation, certes à compléter la loi, mais à anticiper sur les conditions, potentiellement problématiques, de son application⁷⁷. Il est remarquable que les réserves formulées en l'espèce touchent une incrimination pénale dont le Conseil constitutionnel précise les conditions d'application et à laquelle il ajoute des éléments de caractérisation. Enfin, dans

rendues en 2016 illustrent cette tendance à la « concrétisation » progressive des réserves d'interprétation : Cons. const., 22 avr. 2016, n° 2016-538 QPC, Époux M. D. ;

⁷⁴ Cons. const., 25 nov. 2016, n° 2016-598 QPC, Société Eurofrance.

⁷⁵ Cons. const., no 2016-606/607 QPC, préc.

⁷⁶ Cons. const., no 2017-747 DC, préc.

⁷⁷ Le Conseil constitutionnel précise que « la seule diffusion d'informations à destination d'un public indéterminé sur tout support, notamment sur un site de communication au public en ligne, ne saurait être regardée comme constitutive de pressions, menaces ou actes d'intimidation au sens des dispositions contestées », puisque ces « dispositions ne peuvent donc permettre que la répression d'actes ayant pour but d'empêcher ou de tenter d'empêcher une ou plusieurs personnes déterminées de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou d'y recourir ». Enfin, le Conseil constitutionnel ajoute à la disposition contestée « deux conditions » à la répression des pressions, menaces ou intimidation à l'encontre des personnes cherchant à s'informer sur une IVG : « que soit sollicitée une information, et non une opinion ; que cette information porte sur les conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse est pratiquée ou sur ses conséquences et qu'elle soit donnée par une personne détenant ou prétendant détenir une compétence en la matière ».

sa décision QPC du 16 mars 2017⁷⁸, le Conseil constitutionnel offre au juge administratif un mode d'emploi des conditions de légalité de la prolongation des assignations à résidence au-delà d'un an. Complétant la loi dont la constitutionnalité était contestée, il détaille, concrètement, les conditions cumulatives justifiant une telle prolongation⁷⁹. Il ne se contente pas dans cette décision d'une réserve générale et abstraite renvoyant classiquement au contrôle de proportionnalité des décisions administratives par le juge administratif, il indique à celui-ci les éléments de fait qui doivent être pris en compte dans son contrôle de la légalité des prolongations des assignations à résidence.

La multiplication des «réserves d'interprétation concrètes», formulées principalement dans le contrôle a posteriori et parfois dans le contrôle a priori, ne constitue certes pas une révolution, mais bien une évolution discrète de la jurisprudence. Le proper d'une réserve d'interprétation est d'interpréter la loi, éventuellement de la compléter et de donner des directives d'application de celle-ci ; mais les exemples mentionnés ici innovent subrepticement en ce que les réserves ne sont plus formulées de manière générale et abstraite, elles font référence à des situations plus concrètes, elles règlent des situations factuelles, supposées ou avérées, et elles guident plus précisément les autorités d'application de la loi, sans que le Conseil constitutionnel puisse, il faut en convenir, imposer ses directives aux autorités mettant en œuvre in fine la loi. Aussi le juge constitutionnel tente-t-il de renforcer l'autorité effective de ses décisions car, en détaillant les implications de la

⁷⁸ Cons. const., no 2017-624 QPC, préc.

⁷⁹ Le Conseil constitutionnel exige que « le comportement de la personne en cause constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics », « que l'autorité administrative produise des éléments nouveaux ou complémentaires », et « enfin que soient prises en compte dans l'examen de la situation de l'intéressé la durée totale de son placement sous assignation à résidence, les conditions de celle-ci et les obligations complémentaires dont cette mesure a été assortie ».

réserve et les modalités de son application, il diminue la marge d'appréciation des destinataires de la réserve, bien qu'il ne puisse évidemment pas l'éradiquer. À cet égard, le Conseil d'État semble quelque peu faire œuvre de résistance en interprétant à sa manière une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel⁸⁰. Reste que la concrétisation des réserves est un moyen pour le Conseil constitutionnel de renforcer l'effectivité de la protection des droits et ainsi de préserver l'attractivité du contrôle de constitutionnalité par rapport au contrôle de conventionnalité.

La concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois à l'œuvre dans la jurisprudence récente trouve également une manifestation à travers l'exercice du pouvoir de modulation dont l'évolution est parfaitement illustrée par la décision QPC Association En Marche ! du 31 mai 2017⁸¹. Le Conseil était saisi du contrôle de la constitutionnalité de l'article 167-1 du code électoral qui, quant à l'accès des partis politiques aux émissions du service public de la communication audiovisuelle pendant la campagne des élections législatives, traite différemment les partis et groupements politiques selon qu'ils sont ou non représentés par des groupes parlementaires de l'Assemblée nationale. Après avoir constaté l'inconstitutionnalité de l'article – par un raisonnement qui n'est pas dénué de lien avec les circonstances politiques particulières de l'élection présidentielle de 2017 conduisant en tête un jeune parti politique, non représenté au Parlement –, le Conseil constitutionnel s'emploie à donner un effet utile à cette déclaration d'inconstitutionnalité. En effet, l'abrogation de l'article 167-1 du code électoral aurait eu pour effet « d'ôter

⁸⁰ V. l'application particulièrement souple des réserves d'interprétation relatives aux conditions de prolongation des assignations à résidence au-delà d'un an par le Conseil d'État : CE, 25 avr. 2017, n° 409677, M. A... B..., AJDA 2017. 840 et CE, ord., 25 avr. 2017, n° 409725, M. D..., AJDA 2017. 840 ; sur ce point, v. infra « Les incertitudes relatives à l'office juridictionnel ».

⁸¹ Cons. const., 31 mai 2017, n° 2017-651 QPC, Association En Marche !.

toute base légale à la détermination par le Conseil supérieur de l’audio- visuel (...) des durées des émissions de la campagne électorale en vue des élections législatives » qui devaient se dérouler quelques jours après la décision du Conseil, sans que le législateur soit en mesure de remédier à l’inconstitutionnalité à si brève échéance. Ayant fait ce constat, le Conseil décide donc de reporter au 30 juin 2018 la date d’effet de l’abrogation. Mais, parallèlement, le Conseil décide de remédier à l’inconstitutionnalité pour les élections législatives de 2017 : dépassant la stricte application de la loi et dans un souci d’équité, il juge que « l’application du paragraphe III de l’article L. 167-1 du code électoral doit permettre, pour la détermination des durées d’émission dont les partis et groupements politiques habilités peuvent bénéficier, la prise en compte de l’importance du courant d’idées ou d’opinions qu’ils représentent, évaluée en fonction du nombre de candidats qui déclarent s’y rattacher et de leur représentativité, appréciée notamment par référence aux résultats obtenus lors des élections intervenues depuis les précédentes élections législatives». Ainsi, en ce qui concerne les partis non représentés à l’Assemblée nationale, il convient, alors même que le législateur ne l’avait pas envisagé, de prendre en compte les résultats des élections présidentielles. Pour être plus explicite encore, le Conseil précise que, « sur cette base, en cas de disproportion manifeste, au regard de leur représentativité », entre les partis politiques selon qu’ils sont ou non représentés à l’Assemblée, les temps d’antenne accordés aux partis non représentés « doivent être modifiées à la hausse ». Le Conseil va jusqu’à préciser que « cette augmentation ne peut, toutefois, excéder cinq fois les durées fixées par les dispositions du paragraphe III de l’article L. 167-1 du code électoral ». Cette décision illustre parfaitement la prise en compte de circonstances concrètes et particulières dans la définition des conditions d’application de la chose jugée par le Conseil constitutionnel. Il livre ici au Conseil supérieur de l’audiovisuel un vade-mecum l’autorisant à ne pas faire application d’une disposition législative pourtant en vigueur et à se fonder directement sur la décision du Conseil constitutionnel. Là encore, le Conseil ne s’est pas contenté d’un contrôle abstrait de la loi,

ou plus exactement il a déterminé les conséquences de l'inconstitutionnalité de la loi par la prise en compte d'une situation concrète et factuelle.

Enfin, un pas supplémentaire vers la concrétisation du contrôle de constitutionnalité a été franchi avec deux décisions du 7 juillet 2017⁸² rendues en matière fiscale. Le Conseil constitutionnel inaugure en effet une nouvelle hypothèse de changement de circonstances, en cas de « difficulté dans la détermination du champ d'application d'une réserve d'interprétation, qui affecte la portée de la disposition législative critiquée ». Dans les deux décisions, l'objet de la QPC portait sur des dispositions législatives qui avaient déjà été déclarées conformes à la Constitution, mais sous réserve d'interprétation. Cependant, les faits à l'origine de la nouvelle QPC présentaient les dispositions législatives sous une autre configuration normative. Le Conseil constitutionnel accepte donc de retenir un changement de circonstances en ce que la mise en œuvre concrète de la loi a révélé un vice d'inconstitutionnalité qui n'avait pas été envisagé lors des précédentes décisions, pourtant rendues peu de temps auparavant⁸³. Par ces décisions du 7 juillet 2017, le Conseil constitutionnel met fin à la fiction selon laquelle il était supposé avoir purgé la loi de l'ensemble des vices d'inconstitutionnalité. Désormais, les justiciables pourront se prévaloir d'une difficulté d'interprétation qui découle de la mise en œuvre d'une réserve d'interprétation. Autrement dit, le Conseil constitutionnel intensifie le caractère concret du regard qu'il porte sur la norme législative et son contexte factuel.

La présentation des évolutions récentes de la jurisprudence constitutionnelle montre que, par petites touches, le Conseil constitutionnel use d'un ensemble de

⁸² Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-642 QPC ; Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-643/650 QPC.

⁸³ Cons. const., 22 avr. 2016, no 2016-538 QPC, préc. ; Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-610 QPC.

techniques contentieuses qui tendent à la prise en compte de la mise en œuvre concrète de la loi. Certes le contrôle de constitutionnalité des lois n'a jamais été, on l'a rappelé, purement abstrait, même lorsqu'il n'était exercé qu'a priori. Mais le mouvement s'est amplifié d'une manière telle que ce qui pouvait sembler exceptionnel, à tout le moins inhabituel, est devenu une pratique courante. Ainsi le Conseil se saisit de la loi, non pas en tant que simple énoncé textuel, mais en tant que norme mise en œuvre dans des situations concrètes; il garantit aux justiciables, et plus largement aux citoyens, une meilleure protection de leurs droits et libertés constitutionnels et renforce l'effectivité de ses décisions. De la sorte, il tente de préserver l'attractivité du contrôle de constitutionnalité de la loi. Est-ce une réponse aux évolutions de l'office du juge de la constitutionnalité des lois ? Probablement, au regard des justifications du mouvement de concrétisation.

2.2. Les justifications de la concrétisation

Le risque de condamnation de la France par la Cour de Strasbourg existe, mais il ne saurait expliquer à lui seul l'origine de la concrétisation des contrôles de la loi par les juges internes, qui découle également d'un choix guidé par des considérations institutionnelles et stratégiques.

Le prétexte du risque de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme

Lorsque les sources du mouvement de concrétisation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi sont interrogées, surgit aussitôt un argument : le risque de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme. La rhétorique strasbourgeoise est omniprésente dans les discours des membres de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Pour soutenir sa position, le Premier président de la Cour de cassation s'alarme en indiquant que « si rien ne change, la France continuera d'être condamnée à Strasbourg à travers les arrêts de sa Cour de cassation, ce qui traduit le

fait que notre Cour, à la fois, n'est pas adaptée au contrôle de type européen et ne remplit pas son rôle de Cour suprême »⁸⁴. De même, un magistrat de la Cour de cassation évoque « le risque d'une condamnation par la Cour de Strasbourg (...) qui a directement conduit à l'introduction du contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation. »⁸⁵. Dans le même sens, des membres du Conseil d'État affirment que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme « est en grande partie à l'origine »⁸⁶ du dédoublement abstrait et concret du contrôle de conventionnalité avec l'arrêt Gomez. Plus qu'une influence, la jurisprudence de la Cour est généralement présentée comme une force irrésistible, irréversible et naturelle, face à laquelle la Cour de cassation « doit se plier » sans avoir « d'autre choix »⁸⁷.

Un tel discours comporte une part de vérité. En effet, l'évaluation abstraite de la conventionnalité de la loi par la Cour de cassation et le Conseil d'État valait de manière générale pour la plupart des hypothèses d'application de la loi, ce qui empêchait de ménager un cas particulier de mise en œuvre inéquitable de la loi et donc susceptible de

⁸⁴ B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », JCP 2015, no 43, 1122.

⁸⁵ P. Chauvin, « Contrôle de proportionnalité : Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », Gaz. Pal., 6 déc. 2016, no 43, p. 10.

⁸⁶ L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », AJDA 2016. 1398. Dans le même sens, A. Bretonneau, « Droits subjectifs contre interdit législatif », concl. sur CE, ass., 31 mai 2016, no 396848, Mme Gonzalez-Gomez, RFDA 2016. 740.

⁸⁷ P. Chauvin, *ibid.* Dans le même sens, v. V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017. 123 : « la question de savoir si un juge français doit ou non procéder au contrôle de proportionnalité ne se pose pas véritablement : il le doit tout simplement car la Cour européenne des droits de l'homme le fait et l'y invite, sous peine de condamnation de la France ».

violer les droits et libertés garantis par la Convention. Le Conseil constitutionnel est également concerné par ce risque, à l'image de l'affaire de l'identification génétique post-mortem encadrée par l'article 16-11 du code civil : en dépit d'un arrêt de la CEDH du 16 juin 2011 condamnant la France pour avoir mis en œuvre cette disposition dans un cas d'espèce particulier, le Conseil constitutionnel déclare le 30 septembre 2011 cette même disposition conforme à la Constitution au terme d'un examen purement abstrait⁸⁸. En outre, la Cour de Strasbourg impose aux juges nationaux d'examiner précisément les moyens soulevés par le justiciable, suscitant par là l'avènement d'un contrôle concret. La CEDH juge en particulier que « les tribunaux doivent examiner avec rigueur les moyens ayant trait aux “droits et libertés” garantis par la Convention dont ils sont saisis et qu'il s'agit là d'un corollaire du principe de subsidiarité »⁸⁹.

Toutefois, le risque de condamnation par la Cour de Strasbourg semble surévalué et ne permet pas, en tout état de cause, de justifier à lui seul le mouvement de concrétisation des contrôles de la loi. En premier lieu, le contrôle de conventionnalité de la loi n'est pas uniquement fondé sur le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Dominante sans être exclusive, la Convention n'est que l'un des griefs invocables et les juges internes de la conventionnalité répondent également aux griefs fondés sur la violation du droit de l'Union européenne et du droit international, que ce soit dans le cadre d'un

⁸⁸ CEDH, 16 juin 2011, no 19535/08, Pascaud c/ France, préc. et Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, M. Louis C. et autres.

⁸⁹ CEDH, 7 févr. 2013, n° 16574/08, Fabris c/ France, § 72, AJDA 2013. 1794, chron. L. Burgorgue-Larsen ; D. 2013. 434, obs. I. Gallmeister ; ibid. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013. 189, obs. N. Levillain ; RTD civ. 2013. 333, obs. J.-P. Marguénaud ; ibid. 358, obs. J. Hauser.

contrôle abstrait et/ ou dans le cadre d'un contrôle concret⁹⁰. De plus, l'exercice d'un contrôle seulement abstrait n'est bien évidemment pas la cause unique des condamnations de la France devant la CEDH, tout particulièrement lorsque la condamnation résulte d'une appréciation générale de la Cour sur la norme législative française⁹¹.

Réciproquement, le nouveau contrôle concret de conventionnalité exercé par les juges internes n'écarte pas totalement le risque de condamnation de la France, une divergence avec la Cour de Strasbourg ne pouvant être exclue, que ce soit par exemple au regard du champ d'application d'un droit ou d'une liberté, des exigences qui en découlent ou de la balance des intérêts en présence. En particulier, il n'est pas du tout certain que la nature et les modalités des contrôles concrets exercés par les juges internes et la CEDH soient identiques. Pour ne prendre qu'une illustration, lorsque le contrôle concret conduit à exercer un contrôle de proportionnalité de la part des juges du fond ou de la part de la Cour de cassation, la méthode employée n'est pas celle de la Cour de Strasbourg⁹², laissant ainsi ouverte la possibilité d'une divergence d'appréciation à propos d'une même affaire.

Par ailleurs, l'argument de la motivation insuffisante des arrêts de la Cour de cassation, pour justifier le mouvement de concrétisation, ne doit pas être surestimé. En effet, une motivation transformée et détaillée n'implique pas forcément une concrétisation

⁹⁰ V. infra « Les incertitudes relatives à l'office juridictionnel ».

⁹¹ P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061 ; M. Afroukh, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », RD publ. 2015. 1357.

⁹² F. Sudre, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », JCP 2017, no 11, Doctr. 289.

du contrôle de conventionnalité des lois⁹³: il s'agit là d'une confusion entre la question de la motivation et celle du contrôle de proportionnalité et du niveau d'intégration du fait dans l'appréciation de la conformité de la loi au regard d'une norme internationale ou européenne. L'amalgame est regrettable, d'autant qu'il est repris par la Cour de cassation elle-même, par exemple dans le rapport récent de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation⁹⁴.

De même, la rhétorique de la soumission à la jurisprudence européenne ne doit pas écarter du débat la marge nationale d'appréciation dont les États bénéficient, ainsi que le principe de subsidiarité. Par exemple, en projetant les faits de l'affaire Gonzalez-Gomez dans le prétoire de la CEDH, il n'est pas certain que l'application stricte de la loi interdisant l'insémination post-mortem aurait entraîné en l'espèce une condamnation, en raison de la diversité des législations nationales en la matière et de la marge d'appréciation dont aurait pu se prévaloir la France. Peu importe ici que le Conseil d'État ait eu tort ou raison d'exercer un contrôle concret et d'écarter l'application de la loi au profit de Mme Gonzalez-Gomez, il s'agit simplement de rappeler que la solution adoptée ne peut pas seulement se justifier par le risque de condamnation de la France devant la CEDH. Le contrôle concret de la conventionnalité de la loi par les juges internes n'est donc pas seulement un talisman permettant de se prémunir des condamnations strasbourgeoises, c'est aussi un permis que les juges s'accordent d'aller au-delà de ce qu'exige la CEDH, de faire

⁹³ L'inverse est en revanche avéré, la concrétisation de l'office du juge de la loi suppose de motiver davantage les décisions de justice, v. infra « La clarification de la concrétisation ».

⁹⁴ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, p. 158 s., disponible sur www.courdecassation.fr : en dépit d'un avertissement liminaire indiquant que « l'expression "contrôle de proportionnalité" » peut être trompeuse en ce qu'elle recouvre des réalités différentes », le contrôle de proportionnalité est ensuite assimilé au « contrôle de conventionnalité » et aux contrôles de proportionnalité prescrits par un texte de droit interne.

œuvre créatrice et volontariste en adoptant une solution inédite sur le fondement de cette même Convention.

En fin de compte, l'argument du risque de condamnation par la CEDH a été quelque peu surexploité dans les discours de justification du mouvement de concrétisation du contrôle de conventionnalité des lois. La rhétorique est habile car elle permet aux juges, avec la complicité d'une grande partie de la doctrine, de se défaire sur le juge européen en adoptant une position passive de soumission, ce qui correspond d'ailleurs à la perception la plus courante que les juristes français ont de la relation avec le droit européen. Pourtant, le risque de condamnation européenne existe depuis fort longtemps : pourquoi dès lors avoir réagi de manière aussi tardive face à ce risque ? Ainsi, au-delà de ce pré-texte qui ne correspond qu'à la partie émergée du droit positif, c'est également le contexte de la concurrence entre les juges de la loi qui explique le choix d'intensifier le niveau de concrétisation du contrôle de la loi.

Le contexte de la concurrence entre les juges de la loi

Le mouvement de concrétisation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois s'explique également, et surtout, par des considérations stratégiques. La recomposition de l'office des juges internes de la loi a pour origine le choix d'un repositionnement institutionnel délibérément entrepris par la Cour de cassation, repris au bond par le Conseil d'État et progressivement intégré par le Conseil constitutionnel.

Les considérations institutionnelles sont pleinement assumées par le Premier président de la Cour de cassation depuis l'automne 2015, au moment même où le contrôle concret se généralise parmi les chambres de la Cour de cassation, dans le cadre de ce qu'il n'est pas excessif de dénommer une guerre des juges. Par des propos inédits, tant sur la forme que sur le fond, M. Louvel revendique une démarche finaliste et offensive : « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes

de contrôle »⁹⁵. Particulièrement inquiète des réformes législatives récentes et des évolutions jurisprudentielles du Tribunal des conflits⁹⁶ à propos de la voie de fait et de l'emprise, et du Conseil constitutionnel⁹⁷ à propos du champ constitutionnel de l'intervention de l'autorité judiciaire, la Cour de cassation a ressenti le besoin de réagir⁹⁸. La révolte judiciaire est globale (nouvelle motivation, réforme du filtrage des pourvois, indépendance du parquet...⁹⁹) au point de proposer la fusion des ordres juridictionnels¹⁰⁰ et parmi les fronts figure la transformation de l'office du juge de la loi par la concrétisation.

⁹⁵ B. Louvel, « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », op. cit. V. égal., P. Chauvin, op. cit. : « En définitive, cette application du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation ne représente-t-elle pas tout simplement une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne afin que la Cour de cassation continue à exercer pleinement son office et ne se voie pas supplantée dans celui-ci par la Cour de Strasbourg ? »

⁹⁶ T. confl., 17 juin 2013, n° 3911, *Bergoend c/ ERDF Annecy Léman*, Lebon p. 370 ; v. P. Delvolvé, « Voie de fait : limitation et fondements », RFDA 2013. 1041 ; AJDA 2013. 1245 ; *ibid.* 1568, *chron.* X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2014. 1844, *obs.* B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; AJDI 2014. 124, *étude* S. Gilbert ; T. confl., 9 déc. 2013, n° 3931, *M. et Mme Panizzon c/ Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, Lebon p. 376 ; v. P. Delvolvé, « De la voie de fait à l'emprise : nouvelle réduction de la compétence judiciaire », RFDA 2014. 61 ; AJDA 2014. 216, *chron.* A. Bretonneau et J. Lessi ; *ibid.* 2013. 2519 ; RDI 2014. 171, *étude* N. Foulquier

⁹⁷ O. Le Bot, « État d'urgence et compétences juridictionnelles », RFDA 2016. 436 ; G. Éveillard, « État d'urgence : les assignations à résidence devant le juge administratif et le Conseil constitutionnel », *Dr. adm.*, 2016, no 4, p. 46 ; A. Roblot-Troizier, « Les assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence », RFDA 2016. 123.

⁹⁸ B. Louvel, « Audience solennelle de rentrée 2016 », 4 janv. 2016, disponible sur www.courdecassation.fr ; B. Louvel, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle ou des libertés individuelles ? », 2 févr. 2016, disponible sur www.courdecassation.fr ; B. Louvel, *Le Monde*, 23 mai 2016

⁹⁹ Ces divers projets de réforme sont désormais rassemblés dans le rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, disponible sur www.courdecassation.fr.

¹⁰⁰ B. Louvel, « Audience solennelle de rentrée 2016 », 14 janv. 2016 et « Pour l'unité de juridiction », 25 juill. 2017, disponibles sur www.courdecassation.fr.

Outre ce contexte immédiat, le mouvement de concrétisation est le produit d'une concurrence ancienne entre le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation. La compréhension globale des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi exercés par ces trois juges suppose de privilégier une analyse interdépendante. Dès l'origine, le triptyque IVG/Vabre/Nicolo¹⁰¹ dévoilait un jeu institutionnel croisé : c'est parce que le Conseil constitutionnel refusait d'exercer le contrôle de conventionnalité que la Cour de cassation l'a aussitôt accepté avant que le Conseil d'État brise son isolement et rejoigne le mouvement, tout en craignant d'exercer un « second contrôle de constitutionnalité »¹⁰² Par la suite, la doctrine et le Conseil constitutionnel n'ont cessé de s'interroger sur la possibilité et l'opportunité d'un revirement de la jurisprudence IVG au regard des « préoccupantes tentations »¹⁰³ du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Lors de l'avènement en 2008 du contrôle de constitutionnalité de la loi promulguée, chaque camp tenta d'obtenir lors des débats préparatoires une certaine autonomie dans l'exercice du contrôle de conventionnalité, la Cour de cassation rejetant la règle de priorité, le Conseil constitutionnel réclamant une

¹⁰¹ Cons. const., 15 janv. 1975, no 74-54 DC ; Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, Administration des douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre et Société Weigel, D. 1975. 497, concl. A. Touffait ; CE, ass., 20 oct. 1989, n° 108243, Nicolo, Lebon p. 190, concl. P. Frydman ; AJDA 2014. 100, entretien M. Long ; D. 1990. 135, note P. Sabourin ; ibid. 57, chron. R. Kovar ; RFDA 1990. 267, chron. D. Ruzié ; Rev. crit. DIP 1990. 125, concl. P. Frydman ; ibid. 139, note P. Lagarde ; RTD com. 1990. 193, obs. C. Debbasch ; JCP 1989, no 21371, concl. P. Frydman

¹⁰² B. Stirn, « La compatibilité de la législation française sur l'interruption volontaire de grossesse avec la Convention européenne des droits de l'homme », Concl. sur CE, ass., 21 déc. 1990, Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres, RFDA 1990. 1065

¹⁰³ D. de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire - Malaise dans la Constitution », RFDA 1998. 225.

question préjudicielle de conventionnalité¹⁰⁴ Ne pouvant se concevoir isolément, les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi promulguée furent ensuite l'objet d'un débat contentieux houleux autour de la règle de priorité d'examen¹⁰⁵ dont l'enjeu était la préservation ou l'affaiblissement d'une nouvelle offre contentieuse qui affectait les équilibres préexistants entre les juges.

Une fois le principe de la QPC ancré dans le paysage juridique français, les influences croisées se sont reportées sur le contenu des jurisprudences, les modalités contentieuses et l'effet des décisions. Nul besoin de revenir sur les incidences bien connues du droit européen sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou sur les liens étroits entre le filtrage des QPC et le contrôle de conventionnalité par le Conseil d'État ou la Cour de cassation¹⁰⁶. Deux questions en particulier résument le rapport de corrélation entre les deux contrôles.

¹⁰⁴ V. les différentes interventions du Premier président de la Cour de cassation V. Lamanda et du président du Conseil constitutionnel J.-L. Debré devant le Comité Balladur et devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale de 2007 à 2009.

¹⁰⁵ Cass., 16 avr. 2010, n° 10-40.002 ; Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC ; CJUE, 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10, Melki et Abdeli, AJDA 2010. 1231 ; ibid. 1578, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2010. 1719, obs. S. Lavric ; ibid. 1545, édito. F. Rome ; ibid. 1640, chron. F. Donnat ; ibid. 2524, point de vue J. Roux ; ibid. 2012. 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seséke, N. Joubert et K. Parrot ; AJ pénal 2010. 343, obs. J.-B. Perrier ; RFDA 2010. 458, note P. Gaïa ; Constitutions 2010. 392, obs. A. Levade ; ibid. 519, obs. A. Levade et E. Saulnier-Cassia ; Rev. crit. DIP 2011. 1, étude D. Simon ; RSC 2010. 709, chron. L. Idot ; RTD civ. 2010. 499, obs. P. Deumier ; RTD eur. 2010. 577, étude J. Dutheil de La Rochère ; ibid. 588, étude D. Sarmiento ; ibid. 599, chron. L. Coutron ; Rev. UE 2015. 562, étude S. Van Raepenbusch

¹⁰⁶ V. par ex., M. Afroukh, « L'autonomie du contrôle prioritaire de constitutionnalité », in R. Tinière (dir.), QPC et droit européen des droits de l'homme, Droit et Justice, no 115, 2017, p. 21 ; J. Bonnet, « Les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois : concurrents et complémentaires », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?, Institut Universitaire Varenne, Colloque et Essai, 2015, p. 197 ; J. Bonnet, A. Roblot-Troizier, « Repense le "bloc de constitutionnalité" sous l'effet des rapports entre ordres juridiques : pour une redéfinition des

La première concerne les suites des décisions de non-conformité prononcées par le Conseil constitutionnel. À la suite de l'abrogation différée de la loi sur la garde à vue par le Conseil constitutionnel, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation choisit de donner un effet immédiat à la Convention européenne des droits de l'homme, en écartant immédiatement l'application de cette même loi, grâce à la consécration inédite de l'autorité de chose interprétée par la Cour de Strasbourg¹⁰⁷. Le juge de la conventionnalité modifie ainsi les contours de son office afin de s'adapter à l'hypothèse nouvelle d'une loi déclarée contraire à la Constitution, maintenue en vigueur en raison d'une abrogation à une date ultérieure, et dont la conformité à un traité est contestée par un justiciable. Ce type de scénario contentieux s'est confirmé par la suite, tant devant le Conseil d'État¹⁰⁸ que devant la Cour de cassation¹⁰⁹. Pour prendre un exemple récent, le 20 avril 2017¹¹⁰, la chambre

sources de la constitutionnalité » in B. Bonnet (dir.), Les rapports entre ordres juridiques. Bilan, enjeux, perspectives, LGDJ, 2016, p. 409 ; A. Jauréguiberry, « L'influence des droits fondamentaux européens sur le contrôle a posteriori », RFDA 2013. 10 ; V. les chroniques d'H. Surrél, « Conseil constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme », in Nouv. Cah. Cons. const. ; D. Szymczak, « Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme : L'européanisation "heurtée" du Conseil constitutionnel français », Jus Politicum, no 7, 2012 ; V. égal., le dossier « Le Conseil constitutionnel et la Convention européenne des droits de l'homme », Nouv. Cah. Cons. const., no 32, 2011 et le dossier « Constitutionnalité et conventionnalité », RFDA 2012. 621 s

¹⁰⁷ Cons. const., 30 juill. 2010, no 2010-14/22 QPC ; Cass., ass. plén., 15 avr. 2011 no 10-17.049 et autres.

¹⁰⁸ CE, 10 avr. 2015, n° 377207, Société Red Bull on Premise, Lebon T. p. 675, 676, 827 et 850

¹⁰⁹ Civ. 1re, 9 avr. 2013, n° 11-27.071, D. 2013. 1106, note M. Douchy-Oudot ; ibid. 1100, avis P. Chevalier ; ibid. 2014. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; AJ fam. 2013. 308, obs. P. Salvage-Gerest ; RTD civ. 2013. 589, obs. J. Hauser

¹¹⁰ Crim., 15 avr. 2017, n° 15-86.227. Il convient de noter que, contrairement aux affaires précédentes, la Cour de cassation prend ici le soin de citer la décision du Conseil constitutionnel : « que si le Conseil constitutionnel a différé les effets de cette abrogation au 1er janvier 2015, les articles 62 et 63 du code des douanes doivent être lus au regard de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme ».

criminelle de la Cour de cassation confirme un arrêt d'appel qui avait écarté immédiatement, sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, l'application des articles 62 et 63 du code des douanes relatifs à la procédure de visite des navires par les agents des douanes, alors même que ces dispositions avaient été déclarées contraires à la Constitution et abrogées de manière différée par le Conseil constitutionnel dans une décision QPC du 20 novembre 2013¹¹¹. La dissociation formelle des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois, respectivement fondés sur les articles 61, 61-1 et 55 de la Constitution, produit ce type de solution problématique pour l'autorité du Conseil constitutionnel, bien que le justiciable puisse tirer profit de la complémentarité des offices des différents juges de la loi. Face au risque d'être fréquemment désavoué, le Conseil constitutionnel réagit à compter de la décision du 6 juin 2014¹¹², grâce à la technique des « normes transitoires »¹¹³. Par cet ajustement de son office, le Conseil constitutionnel remplit deux objectifs : préserver l'effectivité des droits et libertés en cas d'abrogation différée ; empêcher le juge de la conventionnalité d'écarter l'application de la loi maintenue en vigueur, en raison de l'obligation, en vertu de l'article 62 de la Constitution, d'appliquer la norme transitoire ainsi énoncée par le Conseil constitutionnel.

La seconde question concerne la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de lois de validation. C'est en réaction à un arrêt d'une cour administrative

¹¹¹ Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC.

¹¹² Cons. const., 6 juin 2014, n° 2014-400 QPC

¹¹³ Sur les normes transitoires, v. supra.

d'appel¹¹⁴ qui avait écarté, sur le fondement de la Convention européenne des droits de l'homme, l'application d'une loi de validation pourtant jugée conforme à la Constitution quelques semaines plus tôt, que le Conseil constitutionnel ajuste son considérant de principe¹¹⁵: en lieu et place des motifs « suffisants », il met fin à une forme d'autonomie terminologique et exige désormais des motifs « impérieux » d'intérêt général. En payant le prix d'un alignement sur la jurisprudence de la CEDH, le Conseil constitutionnel cherche en réalité à ne plus être contredit par les juges internes de la conventionnalité et tient à le faire savoir par des éléments de communication extérieurs à la décision¹¹⁶.

Attentifs et réactifs, les juges de la constitutionnalité et de la conventionnalité de la loi ont donc toujours été dans un rapport d'interdépendance qui, peu à peu, enrichit leurs offices respectifs. L'objectif et l'enjeu consistent évidemment à combler les angles-morts des mécanismes juridiques afin de préserver, voire d'intensifier, l'attractivité contentieuse et l'effectivité des décisions des juges de la loi, d'améliorer leur visibilité institutionnelle et la légitimité que les autres acteurs juridiques peuvent leur accorder. Du point de vue du justiciable, le perfectionnement des armes contentieuses de contestation de la loi peut être profitable, à l'image de la possibilité nouvelle de contester la conventionnalité d'une loi

¹¹⁴ CAA Paris, 18 juin 2012, n° 11PA00758, Fondation d'entreprise Louis Vuitton pour la création, AJDA 2012. 1192 ; ibid. 1496, chron. M. Sirinelli ; AJCT 2012. 508, obs. R. Grand ; RFDA 2012. 650, concl. S. Vidal.

¹¹⁵ Cons. const., 14 févr. 2014, n° 2013-366 QPC.

¹¹⁶ Le commentaire officiel de la décision et le document « À la Une » de mars 2014, disponibles sur le site internet de l'institution, prennent soin de préciser que, désormais, le contrôle de constitutionnalité des lois de validation « a la même portée que le contrôle assuré sur le fondement des exigences qui résultent de la CESDH ». V., A. Roblot-Troizier, « Validation législative : le Conseil constitutionnel se soumet pour renforcer l'autorité de sa jurisprudence », RFDA 2014. 589.

devant le juge administratif des référés¹¹⁷ ou de l'effectivité grandissante des droits et libertés constitutionnels en cas d'abrogation différée grâce aux normes transitoires produites par le Conseil constitutionnel. Mais le justiciable peut parfois aussi être la victime collatérale de la lutte concurrentielle entre les juges, comme par exemple lorsque la Cour de cassation défend, en tant que juge du filtrage des QPC, une conception absolue du droit de propriété en méconnaissance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel¹¹⁸.

En adoptant un regard institutionnel, les juges de la loi sont donc les acteurs d'un marché concurrentiel où chacun tente de présenter l'offre contentieuse la plus attractive et efficace. À la lumière de ce contexte, le choix de la Cour de cassation puis du Conseil d'État de concrétiser le contrôle de conventionnalité des lois se révèle astucieux. En effet, la possibilité d'écarter en conventionnalité l'application particulière d'une loi, seulement au regard des faits d'une espèce et en dépit du constat de la conformité abstraite de cette même loi, ne peut pas être offerte en l'état du droit par le Conseil constitutionnel. Les modalités procédurales de la QPC éloignent le Conseil constitutionnel d'une appréciation casuistique, la nature principalement et historiquement abstraite de son contrôle, ainsi que les effets possibles de ses décisions, peuvent ainsi constituer un frein pour de nombreux justiciables. Désormais, une disposition législative pourrait parfaitement être déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, puis jugée abstraitement conforme au traité par le juge judiciaire ou administratif, ce même juge pouvant néanmoins écarter l'application particulière de cette loi en raison d'une violation d'un traité. La

¹¹⁷ CE, ass., 31 mai 2016, Gomez-Gonzalez, op. cit.

¹¹⁸ Civ. 3e, 15 déc. 2016, no 16-40.240 ; Civ. 3e, 10 nov. 2016, n° 15-19.561 ; Civ. 3e, 10 nov. 2016, n° 15-21.949 ; Civ. 3e, 10 nov. 2016, n° 15-25.113. V. J. Bonnet, A. Roblot-Trozier, « Droits fondamentaux et libertés publiques », *Nouv. Cah. Cons. const.*, no 55-56, 2017, p. 124

puissance du contrôle concret réside dans la faiblesse apparente de ses effets: théoriquement cantonnée à une espèce en particulier, l'inconventionnalité concrète peut à terme paralyser tout ou partie de l'application d'une loi et ainsi, sans le dire et sans afficher d'opposition formelle, neutraliser une décision de conformité du Conseil constitutionnel.

Cependant, chaque contrôle présente des avantages et, au-delà de la plus-value dans certains cas du niveau de protection constitutionnelle des droits et libertés, les requérants poursuivant un intérêt collectif, comme par exemple les associations, les syndicats, les ordres professionnels, seront sensibles à l'attractivité de l'effet absolu de l'abrogation ou des réserves d'interprétation. Toujours est-il que, menacé de débordement par la nouvelle attractivité du contrôle concret de conventionnalité, le Conseil constitutionnel devait réagir comme le démontrent les propos de l'un de ses anciens membres : « La puissance d'un tel contrôle [concret de conventionnalité], en termes de protection des droits fondamentaux, devrait nécessairement conduire le Conseil constitutionnel à une réflexion nouvelle puisque, pour sa part, il n'exerce son office que dans le cadre d'un contrôle abstrait moins immédiatement opérationnel quant à la protection immédiate des justiciables »¹¹⁹. Conscient de ses lacunes, soucieux de la menace d'isolement que fait peser sur lui le contrôle concret de conventionnalité, et attentif au respect effectif de ses décisions¹²⁰, le Conseil constitutionnel a suivi une logique institutionnelle et finaliste l'incitant à intensifier la présence d'éléments de concrétisation dans son office.

¹¹⁹ N. Belloubet, « Des ordres juridiques et des juges : complémentarité, hiérarchie, articulation », *Dr. social* 2017. 388

¹²⁰ Pointant le risque d'« ignorance » de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, N. Belloubet, (*ibid.*) évoque « l'insuffisante précision relative aux effets que le Conseil constitutionnel entend leur conférer », ce à quoi semble répondre le mouvement de concrétisation présenté *supra*.

En réponse à la lecture institutionnelle et stratégique sur l'origine du mouvement de concrétisation des contrôles de la loi, il pourrait être objecté que les juges ne sont pas seulement animés d'une soif insatiable de pouvoir. Institutions républicaines chargées de dire le droit au nom du peuple français – même si pour le Conseil constitutionnel la formule tarde à figurer au frontispice de ses décisions –, les décisions des juges sont animées par d'autres registres de rationalité que celui de la stratégie. Certes, la défense de valeurs comme la justice, l'équité, la sécurité juridique, expliquent les choix jurisprudentiels, et en particulier celui de la concrétisation. D'ailleurs, ce n'est certainement pas un hasard si le contrôle concret de conventionnalité des lois par la Cour de cassation et le Conseil d'État fut consacré à l'occasion d'affaires dont les faits sensibles pouvaient justifier qu'en équité l'application de la loi soit écartée. Certes, le facteur temps a également joué un rôle dans le choix des juges, au regard de l'essoufflement de la tradition légicentriste de soumission à la loi et de l'assimilation progressive par les juges judiciaires et administratifs de leur fonction de juge de la loi, que ce soit en conventionnalité ou en tant que juge du filtrage des QPC ¹²¹. Il ne s'agit donc pas de nier l'effet de ces deux registres de rationalité – les valeurs, le temps –, mais de considérer que leur niveau d'influence est ici faible en comparaison des considérations institutionnelles et stratégiques qui sont pour l'essentiel, du moins c'est une hypothèse, à l'origine du choix récent de concrétiser l'office des juges de la loi. Un tel constat ne vaut pas forcément pour l'ensemble des choix jurisprudentiels effectués par les juges, mais il semble avéré à propos du mouvement de concrétisation.

Au-delà du constat d'une concrétisation accrue des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité de la loi dont l'origine renvoie à des facteurs communs, le

¹²¹ V. infra « Les craintes d'un déséquilibre structurel du système juridique ».

mouvement affectant l'office des juges internes de la loi n'est qu'amorcé sa portée exacte et son avenir ne sont pas clairement déterminés.

3. UNE CONCRÉTISATION EN DEVENIR

Pour envisager le devenir du mouvement de concrétisation du contrôle de la loi, il faut d'abord poser un diagnostic. L'évolution des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi brouille la répartition des offices des juges de la loi. Le juge constitutionnel ne prend pas la loi telle qu'elle est, mais telle qu'elle s'intègre dans un contexte factuel ; le juge de cassation paraît juger non plus seulement en droit, mais également au regard de faits ; le juge de la conventionnalité s'autorise à adopter des solutions contraires à la lettre de la loi et ainsi semble inviter les autorités d'application à faire de même. Ce trouble suscité par la concrétisation du contrôle de la loi mérite clarification : l'avenir de ce mouvement repose sur la capacité des juges à en faire un outil légitime de protection des droits, c'est-à-dire à la fois acceptable, compréhensible, canalisé et structuré.

3.1. Les troubles suscités par la concrétisation

La concrétisation des contrôles de la loi crée un certain trouble. Les premières troublées sont assurément les juridictions, notamment du fond, chargées de mettre en œuvre un contrôle que leurs juridictions suprêmes les invitent à exercer. La doctrine elle aussi est troublée : qu'elle soit critique ou qu'elle salue la concrétisation des contrôles, elle ne peut que constater le bouleversement qu'implique une telle concrétisation quant à l'office des juges, leur rapport à la loi et leurs relations réciproques. Ainsi aux incertitudes issues de la concrétisation du contrôle de la loi quant à l'office du juge s'ajoutent les craintes d'un certain déséquilibre structurel du système juridique.

Les craintes d'un déséquilibre structurel du système juridique

Les craintes exprimées par la doctrine quant au développement du contrôle de la loi, notamment quant au contrôle de proportionnalité dans l'appréciation de sa conventionnalité, se rapportent, plus ou moins expressément, au « gouvernement des juges », à tout le moins à l'activisme juridictionnel. Derrière cette crainte, il y a un questionnement sur le rapport du juge à la loi.

La mesure de ces craintes doit d'abord être replacée dans le contexte plus global de la « banalisation » de la loi, progressivement devenue dans notre système juridique une norme comme les autres. L'introduction d'un véritable contrôle de constitutionnalité puis de conventionnalité de la loi a enclenché ce mouvement ; progressivement, au gré des inconventionnalisations constatées par les juridictions administratives et judiciaires, puis des inconstitutionnalités jugées sérieuses et transmises au Conseil constitutionnel, le rapport du juge à la loi a évolué. La concrétisation du contrôle de conventionnalité à l'œuvre devant les juridictions administratives et judiciaires n'est que la suite logique de ces évolutions : la révérence intériorisée des juges à l'égard de l'expression de la volonté générale tend à disparaître, faisant de la loi une norme parmi d'autres, une norme dont la particularité ne résiderait plus que dans sa valeur supérieure à celle des actes juridiques de droit privé ou de droit public dont les juridictions ont à connaître directement. Ce mouvement progressif de « désinhibition » du juge face à la loi se manifeste également dans des jurisprudences célèbres telles que celles de l'abrogation implicite de la loi¹²², de la responsabilité du fait

¹²² CE, ass., 16 déc. 2005, n° 259584, Syndicat national des huissiers de justice, Lebon p. 570 ; AJDA 2006. 357, chron. C. Landais et F. Lenica ; RDT 2006. 113, obs. S. Nadal ; RFDA 2006. 41, concl. J.-H. Stahl ; RTD civ. 2006. 75, obs. P. Deumier ; ibid. 601, obs. P. Théry ; ibid. 605, obs. P. Théry

des lois pour violation des engagements internationaux¹²³ mais aussi dans la restriction du champ de la théorie de la loi écran¹²⁴ ou dans l'abandon la jurisprudence Carminati.

Sur ce dernier point, il est remarquable que, dans le même arrêt, le Conseil d'État ait décidé à la fois d'accepter pleinement le contrôle de conventionnalité des lois en référé et de procéder à un contrôle concret de la violation des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt Gonza- lez-Gomez est en effet symptomatique du changement de perception de la loi, changement d'ordre quasi-psychologique. Bien que l'admission d'un contrôle de conventionnalité des lois en référé ait été préparée en amont par des ordonnances prévoyant progressivement des exceptions à l'interdiction faite au juge des référés de connaître de la conventionnalité de la loi¹²⁵, un cap a été

¹²³ CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, Gardedieu, Lebon p. 78, concl. L. Derepas ; AJDA 2007. 585, chron. F. Lenica et J. Boucher ; ibid. 1097, tribune P. Cassia ; D. 2007. 659, et les obs. ; ibid. 1214, chron. G. Clamour ; RFDA 2007. 361, concl. L. Derepas ; ibid. 525, note D. Pouyaud ; ibid. 789, note M. Canedo-Paris ; RTD civ. 2007. 297, obs. J.-P. Marguénaud

¹²⁴ CE, ass., 12 juill. 2013, n° 344522, Fédération nationale de la pêche en France, Lebon p. 192, concl. E. Cortot-Boucher ; AJDA 2013. 1479 ; ibid. 1737, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2014. 104, obs. F. G. Trébulle ; AJCT 2013. 581, obs. M. Moliner-Dubost ; RFDA 2013. 1255, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; ibid. 2014. 97, concl. E. Cortot-Boucher ; ibid. 115, note J. Robbe.

¹²⁵ V. s'agissant du droit de l'Union européenne, CE, ord., 16 juin 2010, n° 340250, Mme Diakité, Lebon p. 205 ; AJDA 2010. 1230 ; ibid. 1662 ; ibid. 1355, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi, note O. Le Bot ; RFDA 2011. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; Constitutions 2010. 399, obs. J. Barthélémy et L. Boré ; RTD eur. 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse. V. particulièrement, s'agissant des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, les ordonnances de référé du CE rendues dans l'affaire Lambert : CE, ass., 24 juin 2014, n° 375081, 375090, 37509, Mme Lambert et autres, Lebon p. 31, concl. R. Keller ; AJDA 2014. 1293 ; ibid. 1669 ; ibid. 1484, chron. A. Bretonneau et J. Lessi, note D. Truchet ; D. 2014. 1856, et les obs., note D. Vigneau ; ibid. 2021, obs. A. Laude ; ibid. 2015. 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam. 2014. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RFDA 2014. 657, concl. R. Keller ; ibid. 702, note P. Delvolvé ; RDSS 2014. 1101, note D. Thouvenin et CE, ass., 14 févr. 2014, n° 375081, 375090, 375091, Mme Lambert et autres, Lebon p. 175, concl. R. Keller ; AJDA 2014. 374 ; ibid. 790, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; ibid. 1225, tribune P. Cassia ; D. 2014. 488,

franchi avec l'arrêt Gonzalez-Gomez, le juge admet- tant que l'inconventionnalité manifeste d'une loi puisse être constatée par le juge du référé-liberté, ce qui revient à admettre qu'une inconventionnalité de la loi puisse relever de l'évidence. L'inconventionnalité était-elle pourtant évidente en l'espèce ? Assurément non puisqu'il a fallu que le Conseil d'État procède à un double contrôle de conventionnalité et qu'il s'engouffre dans l'appréciation concrète de la situation particulière de la requérante pour identifier la violation grave et « manifeste » d'une liberté fondamentale issue de la Convention européenne des droits de l'homme. En dépit du contexte bien connu de l'évolution du rapport du juge à la loi, il reste que la concrétisation du contrôle de conventionnalité a suscité des réactions particulièrement réservées, plus nombreuses semble-t-il du côté des privatistes que du côté des publicistes, car l'émergence du contrôle concret de conventionnalité des lois en droit privé s'insère dans un contexte plus général de réflexion sur l'office de la Cour de cassation autour du principe de proportionnalité, de la motivation des décisions, et de la sélection des pouvoirs. Ces réflexions et ces évolutions bousculent les habitudes établies et remettent en cause une tradi- tion légicentriste, voire souverainiste, marquée. La concrétisation du contrôle de conventionnalité des lois assumée par le Conseil d'État dans l'arrêt Gonzalez-Gomez a été accueillie certes avec des réserves, mais dans un contexte plus apaisé.

L'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 comme celui du Conseil d'État du 31 mai 2016 ont réveillé des réflexes d'hostilité mettant en avant le caractère *contra legem* des déci- sions puisque les juges ont autorisé ce que la loi avait expli-

et les obs. ; *ibid.* 2021, obs. A. Laude ; *AJ fam.* 2014, 145, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2014, 255, concl. R. Keller ; *ibid.* 702, note P. Delvolvé ; *RDSS* 2014, 506, note D. Thouvenin.

citement interdit ¹²⁶. Deux craintes majeures ressortent de ces critiques : celle de l'atteinte à la séparation des pouvoirs, dès lors que le juge met en échec la loi de lui-même et donc sans habilitation législative ; celle de l'insécurité juridique, fruit d'une application différenciée et pragmatique de la loi en méconnaissance du principe d'égalité.

La première crainte a trait à l'excessif pouvoir dont bénéficie un juge capable de contourner les interdictions législatives, mêmes explicites, quand, en équité, il estime que l'application de la loi méconnaîtrait les droits fondamentaux du justiciable. Cette critique renvoie à celle de l'activisme judiciaire, étudié et théorisé outre-Atlantique à propos du contrôle de constitutionnalité ¹²⁷, et que l'on exprime le plus souvent en France avec la radicalité de l'expression de « gouvernement des juges » ¹²⁸. Cette expression témoigne de l'angle d'analyse privilégié s'agissant du juge de la loi : celui d'une mise en cause de la séparation des pouvoirs. C'est sous cet angle que le contrôle concret de conventionnalité a pu être apprécié. Ainsi le professeur P. Delvolvé estime que l'arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2016 conduit à une confusion des pouvoirs. Si le juge n'est certes pas « simplement la "bouche la loi", le rôle prétorien du juge administratif se cantonnait jusqu'à présent à ajouter à la loi, inexistante ou incomplète, par application de règles ou de principes généraux et grâce à l'adoption d'une solution générale, non limitée au cas d'espèce, mais valant dans tous les cas » ¹²⁹. Or la solution Gonzalez-Gomez conduit le juge à adopter une

¹²⁶ Notamment, P. Delvolvé, note sous l'arrêt CE, ass., 31 mai 2016, Mme Gonzalez-Gomez, RFDA 2016, 754.

¹²⁷ A. Schlesinger Jr., « The Supreme Court : 1947 », *Fortune*, Vol. 35, 1947, p. 73

¹²⁸ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. préf. F. Moderne, Paris, Dalloz, 2005, 276

¹²⁹ P. Delvolvé, *op. cit.*, spéc. p. 757

solution propre à l'espèce, sans portée générale, et contraire à la volonté du législateur. Dans cette mesure, souligne le professeur P. Delvolvé, « le juge se substitue au législateur : il se met à sa place » pour régler une situation à laquelle, d'après le juge, le législateur n'aurait pas pensé. De la sorte, le contrôle *in concreto* de la conventionnalité des interdictions législatives explicites conduit à une « confusion du pouvoir législatif et du pouvoir juridictionnel »¹³⁰. Partant, elle conduit également à une confusion du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, dès lors que l'autorité administrative se trouve, par l'effet de cette jurisprudence, tenue d'accorder une autorisation – en l'espèce, l'exportation de gamètes –, lorsque des circonstances particulières font apparaître que le refus porterait une atteinte disproportionnée aux droits conventionnellement garantis, là où la loi pose une interdiction¹³¹.

La concrétisation du contrôle de conventionnalité des lois, en ce qu'elle permet par des considérations d'équité, masquée derrière l'exigence de respect des conventions internationales de protection des droits fondamentaux, d'adopter une solution *contra legem*, conduit donc le juge à mettre en échec ce que la représentation nationale a voté. La séparation des pouvoirs juridictionnel et législatif, mais aussi la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, sont ainsi méconnues.

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Ibid.

Sans nier la réalité de ces critiques et le caractère fondé de ces craintes qui mettent in fine en lumière le paradoxe ou la « difficulté contre-majoritaire»¹³² de tout contrôle, par des juges non élus, de la loi votée par les représentants de la nation, il est toutefois possible de s'interroger, avec le professeur P. Deumier, sur la portée du contrôle concret : « quel contrôle dénature le plus l'office du juge judiciaire ou administratif : celui par lequel, depuis plusieurs décennies, il condamne les vues générales du législateur ou celui par lequel, depuis quelques années, il en conteste une application particulière, sans remettre en cause son applicabilité générale »¹³³ ? Aussi quel contrôle est le plus attentatoire à la volonté générale : le contrôle abstrait qui conduit à ce que la loi dans sa généralité soit déclarée invalide parce que contraire aux engagements internationaux de la France qui, sans être formellement abrogée, ne sera plus appliquée ni par les autorités administratives ni par les autorités juridictionnelles, ou bien le contrôle concret qui, préservant l'application de la loi de manière générale, autorise sa non application dans certaines situations particulières, dont on présumera qu'elles n'ont pas pu être envisagées par le législateur tant elles méconnaissent les droits fondamentaux internationalement reconnus ? Sous cet angle, il est tentant de soutenir que lorsque le juge considère que la loi est en elle-même, au regard de la règle qu'elle pose, inconstitutionnelle, il porte plus atteinte à la représentation nationale que lorsque, par exception, il décide qu'au regard d'une situation particulière il y a lieu de ne pas en faire application.

¹³² Sur cette difficulté v. S. Mouton (dir.), *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle*, LGDJ, 2016 ; I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis – Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 165, 2017, 768 p

¹³³ P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », *RTD civ.* 2016. 578, préc.

Comme le souligne le professeur J. Arlettaz, « le contrôle in concreto permet de sauver la loi dans un contexte de concurrence des contrôles » car « la Cour de cassation et le Conseil d'État ont ainsi la chance de convaincre Strasbourg, à travers leur contrôle et surtout leur argumentation, de la légitimité de la loi ; à défaut, le problème se ferait structurel et c'est alors l'ensemble du dispositif législatif qui risquerait d'être remis en cause »¹³⁴. En définitive, la concrétisation du contrôle de conventionnalité tient compte de la faillibilité d'un législateur incapable d'anticiper toutes les situations et ne pouvant envisager pleinement les conséquences de l'application de la règle qu'il pose dans des hypothèses particulières. La protection des droits fondamentaux, dominée par le « principe de relativité générale »¹³⁵, suppose d'accepter cette incapacité de la loi générale et abstraite à envisager toutes les situations concrètes de violation des droits.

Dans ces conditions, un *modus vivendi* pourrait guider le juge : n'écarter l'application de la loi pour l'espèce que s'agissant des situations concrètes qui n'avaient pas été envisagées par le législateur ou lorsque l'application de la loi produit des effets qui n'étaient pas ceux souhaités par le législateur. C'est ce que propose V. Vigneau¹³⁶. Prenant au sérieux la critique de l'atteinte à la séparation des pouvoirs, il estime qu'il « est

¹³⁴ J. Arlettaz, « Le juge, le citoyen et le justiciable : les droits et libertés dans un contexte démocratique », RDLF 2017, chron. no 2, www.revuedlf.com ; elle ajoute à cet égard que, « Le contrôle de proportionnalité de la loi procéderait (...) d'une (re)nationalisation » de la protection des droits et libertés « en réponse au développement de la jurisprudence européenne ». Mais il faut toutefois admettre que rien n'interdit à la Cour européenne des droits de l'homme d'opter pour une analyse différente de celle retenue par les juridictions nationales, de sorte qu'elle conserve in fine le pouvoir de dire si la Convention éponyme a été concrètement méconnue

¹³⁵ P. Deumier, op. cit.

¹³⁶ V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », D. 2017. 123

cependant possible d'y répondre en cantonnant le contrôle de proportionnalité dans les limites comparables à celles dans lesquelles la jurisprudence exerce son pouvoir créateur : le juge ne pourrait écarter l'application de la loi que dans les cas que le législateur n'avait pas en vue lors de son élaboration et lorsque son application ne remplit pas le but qu'il lui avait été assigné. Ainsi, le juge n'irait pas à l'encontre de la volonté du Parlement élu, mais se bornerait à gommer les effets non désirés par celui-ci dans les cas qu'il n'aurait pas envisagés ». Reste évidemment la question de savoir comment, pour le juge, identifier les effets non désirés de l'application de la loi et les cas non envisagés par le législateur. La réponse ne peut être trouvée que dans une certaine subjectivité d'un juge « choqué » par les effets produits par la loi. La concrétisation du contrôle de conventionnalité de la loi ne va pas en effet sans une certaine subjectivité du juge, qui, suivant une « démarche finaliste », recherche l'équité dans l'application de la loi¹³⁷, mais une équité définie comme « une atteinte disproportionnée à un droit fondamental »¹³⁸.

D'où la critique tenant à l'insécurité juridique, voire au désordre juridique et social¹³⁹, que produit, inmanquablement, l'application différenciée de la loi. C'est ce que résume parfaitement V. Larribau-Terneyre : « Ce qui heurte néanmoins, ce n'est pas le contrôle de conventionnalité en tant qu'il autorise le juge à écarter la loi inconventionnelle en elle-même et à l'égard de tous, ni même le fait d'adapter la motivation des arrêts à un raisonnement fondé sur la proportionnalité, mais bien la mise en œuvre d'un contrôle de

¹³⁷ En ce sens, v. M. Guyomar, « Référé-liberté et contrôle de conventionnalité de la loi : nouveau mode d'emploi », *Gaz. Pal.*, no 28, p. 29 : l'auteur souligne que « la cohérence juridique sait parfois, et c'est heureux se mettre au service de l'équité ».

¹³⁸ L. Dutheil de Lamothe et G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », *AJDA* 2016. 1398

¹³⁹ P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 760.

proportionnalité *in concreto*, parce qu'il permet d'écarter l'application de la loi à un cas particulier, en fonction des circonstances propres à l'espèce, ce qui semble constituer une atteinte à la sécurité juridique et à la prévisibilité de la règle de droit». Et l'auteur de conclure : « cette éviction se fait (...) en vertu d'une technique qui paraît à beaucoup sinon fort approximative, du moins aussi arbitraire que le recours à l'équité des anciens jugements, de sorte que l'on peut être tenté de qualifier le contrôle de proportionnalité de contrôle de l'opportunité »¹⁴⁰.

Dans le même sens, le professeur F. Chénédé considère que le contrôle de conventionnalité *in concreto* n'est que la « version post-moderne du jugement en équité » et qu'il faudra « des décennies, un siècle peut-être, pour mesurer les conséquences de cette (contre-)révolution »¹⁴¹. À la critique tenant à l'insécurité juridique, M. Guyomar répond que la « sécurité juridique n'implique pas une mise en œuvre mécanique de la loi » ; au contraire, la décision Gonzalez-Gomez rappellerait à l'administration « qu'elle ne peut jamais, y compris dans les hypothèses où la loi ne lui laisse pas de véritable marge d'appréciation, se dispenser, avant de prendre une décision, d'un examen particulier des circonstances de l'espèce », et ce d'autant plus lorsque « sont en cause des choix de vie et en jeu de délicates questions d'ordre éthique »¹⁴².

¹⁴⁰ V. Larribau-Terneyre, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », JCP 2017, no 3, 46

¹⁴¹ F. Chénédé, « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », D. 2017. 953.

¹⁴² M. Guyomar, *op. cit.*

En définitive, la question de savoir si le contrôle concret de la loi porte atteinte à la sécurité juridique est fonction de l'usage qu'en feront les juges. Il est indéniable que la non-application de la loi décidée par le juge sur le fondement de considérations propres à une espèce porte en germe un risque d'insécurité juridique et de rupture d'égalité devant la loi, les justiciables, et plus largement les citoyens, pouvant légitimement s'attendre à ce que la loi soit appliquée et qu'elle le soit de la même manière pour tous. Toutefois, la prudence des juges, guidée précisément par des considérations de sécurité juridique, permettrait d'éviter d'éventuelles dérives d'autorités juridictionnelles capables de faire échec à la volonté du législateur¹⁴³.

Or il faut bien admettre que, à ce stade, l'admission d'un contrôle concret de conventionnalité de la loi en complément de son contrôle abstrait n'a pas conduit à une révolution de fond. Si la méthode est innovante, voire révolutionnaire pour certains¹⁴⁴, en ce que le juge va jusqu'à s'autoriser à ne pas faire application d'un interdit législatif, il n'en reste pas moins que les hypothèses de mise en œuvre de ce nouveau contrôle, restées rares dans la jurisprudence administrative, n'ont, ni en droit administratif ni en droit privé, entraîné un bouleversement au fond des différents domaines particulièrement concernés.

¹⁴³ V. Vigneau propose à cet égard de limiter le contrôle de proportionnalité aux hypothèses où sa mise en œuvre ne conduit « pas à remettre en cause une situation juridique acquise en considération de la règle dont l'application est écartée », et ainsi, qu'il ne soit pas porté atteinte, « au-delà du raisonnable, à l'espérance légitime de tout citoyen de voir la loi s'appliquer dans les termes voulus par le législateur » ; il ajoute que le contrôle de proportionnalité ne doit pas « aboutir à faire peser sur l'adversaire de la partie qui en bénéficie une obligation non prévue par la loi », op. cit.

¹⁴⁴ P. Delvolvé, op. cit. ; C. Jamin, P. Jestaz, J.-P. Marguenaud, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061 ; F. Chénédé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », D. 2016. 796.

Ainsi, du côté du juge administratif, le contrôle concret conduisant à la non-application d'une interdiction législative semble, pour l'instant, se cantonner à la question des transferts de gamètes en vue d'une insémination post-mortem¹⁴⁵. La descendance de la jurisprudence Gonzalez-Gomez tarde à se manifester dans d'autres domaines. Si l'on peut trouver çà et là quelques arrêts flirtant avec le contrôle de conventionnalité concret¹⁴⁶, le « mode d'emploi » du contrôle de conventionnalité résultant de l'arrêt Gonzalez-Gomez n'a pas, à notre connaissance, été explicitement repris par les juridictions administratives hors du domaine des inséminations post-mortem. Il est permis alors de s'interroger sur le faible écho de ce nouvel outil de contrôle de la loi. Une première explication d'ordre temporel peut être proposée : la jurisprudence Gonzalez-Gomez est encore trop jeune pour être parfaitement assimilée et intégrée dans les raisonnements des requérants et de leurs conseils comme des juridictions de l'ordre administratif. Le succès de cette jurisprudence pourrait se mesurer lorsque tous se seront familiarisés avec le nouveau pouvoir offert au juge administratif d'autoriser exceptionnellement ce que la loi interdit par principe. À cet égard, il faut rappeler que, introduit en droit de la filiation dans le raisonnement de la première chambre civile de la Cour de cassation, le contrôle concret de la proportionnalité des atteintes aux droits conventionnels s'est progressivement propagé aux autres chambres de la Cour de cassation et cette propagation n'est pas encore arrivée à son terme¹⁴⁷. La seconde explication tient à la rareté des hypothèses dans lesquelles la dualité du contrôle de conventionnalité de la loi trouve à s'exprimer : en définitive, si l'arrêt

¹⁴⁵ Sur ce point, v. J. Prévost-Gella, « Contrôle abstrait et contrôle concret : une confrontation à l'application de la jurisprudence Gonzalez Gomez », *infra*.

¹⁴⁶ V. par ex., CAA Versailles, 1^{re} ch., 5 juill. 2016, no 14VE03371, disponible sur www.doctrine.fr.

¹⁴⁷ V. *supra*

Gonzalez-Gomez n'a pas de descendance notable, c'est tout simplement parce que rarissimes sont les hypothèses où la loi, abstraitement conforme, est, dans sa mise en œuvre concrète, incompatible avec une convention internationale. De fait, la jurisprudence Gonzalez-Gomez a vocation à rester très exceptionnelle, faute de trouver des cas d'application.

Quelle que soit l'explication retenue, et sans doute faut-il retenir les deux car, prudent, le Conseil d'État pratique la méthode des «petits pas» en n'identifiant pas d'autres cas dans lesquels mettre en œuvre le contrôle concret de conventionnalité, il n'en demeure pas moins qu'à ce stade il ne peut être soutenu que la jurisprudence Gonzalez-Gomez a véritablement créé une insécurité juridique ou bouleversé le droit et le contentieux administratifs. Du côté du juge judiciaire, sans qu'il s'agisse d'un véritable raz-de-marée, les différentes chambres de la Cour de cassation se convertissent au contrôle concret de l'atteinte par la loi aux droits conventionnels, en reprenant la dialectique du contrôle abstrait et du contrôle concret. Mais les domaines du droit concernés par l'exercice de ce double contrôle n'ont pas été, sur le fond, bouleversés. La Cour de cassation veille en effet au respect de l'exigence de stabilité des règles légales, en dépit des violations occasionnelles constatées au terme d'un contrôle concret à l'image de l'arrêt du 4 décembre 2013 rendu à propos de la nullité du mariage. Ainsi en est-il de la stabilité du droit de la filiation, terrain privilégié du contrôle concret des lois. Dans un arrêt du 5 octobre 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », l'obstacle opposé au requérant, prévu à l'article 320 du code civil, « poursuit un but légitime en ce

qu'il tend à garantir la stabilité du lien de filiation et à mettre les enfants à l'abri des conflits de filiations »¹⁴⁸. De même, dans un arrêt du 6 juillet 2016, elle a jugé que « si l'application d'un délai de prescription ou de forclusion, limitant le droit d'une personne à faire reconnaître son lien de filiation paternelle, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », la fin de non-recevoir opposée aux requérants en l'espèce, prévue par l'article 333 du code civil, « poursuit un but légitime, en ce qu'elle tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique »¹⁴⁹. Dans ces deux espèces, c'est dans un second temps que la Cour se penche sur la question de savoir si, concrètement, il est porté à la vie privée une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Ces arrêts illustrent parfaitement cette prudence des juges que la doctrine appelle de ses vœux: par un contrôle de conventionnalité, d'abord exercé de manière abstraite, le juge souligne l'importance de la règle légale au regard du but qu'elle poursuit; la pesée de l'atteinte aux droits fondamentaux menée de manière concrète est ensuite fonction de l'importance accordée à ce but. Ainsi, l'issue du contrôle abstrait apparaît comme un gage de stabilité de la règle de droit, car plus la règle légale sera considérée comme légitime plus l'atteinte aux droits fondamentaux sera difficilement admise dans le cadre du contrôle concret. Dans cette mesure, l'issue du contrôle abstrait guide, encadre, voire conditionne, l'exercice du contrôle concret et préserve la sécurité juridique.

¹⁴⁸ Civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, D. 2016. 2496, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron ; ibid. 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; ibid. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; ibid. 781, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam. 2016. 543, obs. J. Houssier ; RTD civ. 2016. 831, obs. J. Hauser.

¹⁴⁹ Civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-19.853, D. 2016. 1980, note H. Fulchiron ; ibid. 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; ibid. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2016. 831, obs. J. Hauser.

En outre, la solution exceptionnelle de mise à l'écart de la loi dans le cadre d'un contrôle concret constitue un précédent qui, parce qu'il sera traité comme tel par les juridictions ultérieurement saisies du contrôle de la conventionnalité de cette même loi, préservera la stabilité juridique¹⁵⁰ : les juridictions ont alors à déterminer, et à motiver, les raisons pour lesquelles elles estiment que le cas d'espèce dont elles sont saisies s'inscrit ou non dans le précédent juridictionnel.

Au terme de cet examen des craintes que suscite la concrétisation du contrôle de conventionnalité de la loi devant les juridictions administratives et judiciaires, il faut admettre que, bien que fondées en droit, elles sont surmontables en fait, à condition que le juge use avec parcimonie et prudence de son nouveau pouvoir. Nul doute que, conscient du risque qu'il prend s'il en abuse, car c'est sa légitimité même qui est en cause, il saura progressivement définir les modalités raisonnables de son application.

La concrétisation de plus en plus marquée du contrôle de constitutionnalité des lois ne semble pas à première vue s'attirer les foudres de la critique doctrinale. Il faut dire que ce mouvement est nettement plus discret : sans décision de principe du Conseil constitutionnel, la concrétisation se sédimente à travers des techniques éparses dont l'approfondissement est progressif¹⁵¹. Pourtant, bien qu'elles ne soient pas formulées sous l'angle de la remise en cause de la concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois, on retrouve, s'agissant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, les craintes semblables à celles suscitées par la concrétisation du contrôle de conventionnalité des lois devant les juridictions administratives et judiciaires. Lorsque le Conseil constitutionnel

¹⁵⁰ Sur ce point, v. *infra*.

¹⁵¹ V. *supra*

formule une réserve d'interprétation transitoire, il réécrit la loi. Il se substitue donc au législateur, voire aux autorités d'application de la loi, y compris juridictionnelles : plus que la gomme, c'est le crayon qu'il tient. Lorsqu'il remet en cause la nécessité d'une loi compte tenu du droit existant dans le cadre du contrôle entier de la proportionnalité de la loi, il substitue son appréciation à celle du législateur. L'activisme du juge constitutionnel est alors mis en cause par la doctrine¹⁵². Ces critiques portent sur des décisions dans lesquelles précisément le Conseil pousse son contrôle au-delà de la seule confrontation abstraite de la loi à la Constitution : il prend en considération, si ce n'est les faits d'une espèce, au moins les faits généraux, c'est-à-dire le contexte d'adoption et d'application de la loi¹⁵³. De manière récurrente, le contrôle de la loi telle qu'interprétée par la Cour de cassation et le Conseil d'État est froidement accueilli, notamment lorsque le Conseil constitutionnel assortit son contrôle d'une réserve d'interprétation incitant, voire exigeant, une évolution de la jurisprudence administrative ou judiciaire en s'immisçant dans l'office des interprètes de la loi.

Sans remettre en cause la pertinence de ces critiques, il faut admettre que la concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois, illustrant l'intensification des pouvoirs du juge, voire un certain activisme juridictionnel, est un mouvement inévitable, d'autant plus que le contrôle s'exerce maintenant a posteriori et dans le cadre d'un litige. L'erreur a été de faire croire que le contrôle de constitutionnalité des lois a posteriori pouvait rester totalement abstrait. Non seulement il n'est jamais totalement abstrait, mais en outre comment peut-il l'être lorsque la question de constitutionnalité vise à

¹⁵² Par ex., D. Baranger, « Consultation de sites djihadistes : il ne faut pas réduire le Parlement au silence », 16 févr. 2017, <http://blog.juspoliticum.com>.

¹⁵³ Sur la distinction faits de l'espèce/faits généraux, v. supra (introduction).

protéger les droits et libertés et est posée à l'occasion d'un litige concret ? Si la question de la violation des droits fondamentaux peut être réglée au terme d'un contrôle abstrait révélant que la disposition législative y porte en elle-même atteinte, elle ne peut être complètement, pleinement, résolue sans prise en compte du contexte factuel de l'éventuelle violation. À cet égard, la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité paraît inadaptée à son objet. Alors qu'elle a vocation à sanctionner la violation des droits et libertés constitutionnellement garantis, le Conseil constitutionnel juge sans disposer, en principe, des éléments de fait du litige – ou en ne disposant que de ceux repris dans la décision de renvoi et dans le mémoire QPC présenté par le requérant – et il rend une décision ayant un effet erga omnes alors que la loi n'est pas forcément en cause dans son principe, mais seulement au regard des effets produits dans une situation factuelle donnée. C'est pour cette raison que le Conseil constitutionnel fait œuvre de créativité et développe des techniques, parfois très subtiles, pour contourner, sans pouvoir le remettre en cause, l'effet erga omnes de ses décisions. Les « réserves concrètes »¹⁵⁴, les « réserves transitoires », les réserves visant à faire évoluer la jurisprudence constante administrative ou judiciaire, les « modes d'emploi » à destination des autorités d'application de la loi¹⁵⁵, sont autant de techniques par lesquelles le Conseil constitutionnel cherche à adapter l'autorité absolue de ses décisions à des situations concrètes. Contraint par la procédure de la QPC, le Conseil constitutionnel ne peut que concrétiser son contrôle de constitutionnalité sans pouvoir exercer un véritable contrôle concret. Si d'aventure la procédure de la QPC et les effets des décisions du Conseil devaient être réformés, il

¹⁵⁴ V. supra.

¹⁵⁵ V. supra, notamment, Cons. const., 31 mai 2017, no 2017-651 QPC, Association En Marche !, préc.

pourrait être pertinent de mieux les adapter à l'office du juge constitutionnel, juge de la violation des droits et libertés.

Le mouvement de concrétisation des contrôles de la loi suscite donc des craintes tenant à la puissance du juge, à une certaine déconsidération de l'autorité de la loi et aux risques d'insécurité juridique. Mais la prudence dont fait preuve le juge et les contraintes qui pèsent sur lui sont de nature à éviter les dérives, tel un système qui s'auto-régule. Le caractère récent du mouvement de concrétisation, avec son lot d'incertitudes quant à son étendue et à sa portée, exacerbe les inquiétudes, mais le juge y apportera, au gré des espèces, des réponses.

Le mouvement de concrétisation des contrôles de la loi crée des incertitudes sur l'office des juges à travers trois dimensions : celles du contrôle de conventionnalité des lois, du contrôle de constitutionnalité des lois et de la relation entre ces deux contrôles.

Les incertitudes concernant l'office du juge de la conventionnalité des lois. Le phénomène récent de la concrétisation du contrôle de conventionnalité des lois s'accompagne inévitablement d'un lot important d'ambiguïtés. Quoi de plus logique d'ailleurs, au regard de la perception hétérogène de la notion de contrôle concret. Les juges eux-mêmes entretiennent le flou, au regard du manque de pédagogie des premiers arrêts de la Cour de cassation dans lesquels le contrôle concret apparaît seulement en filigrane, parfois accompagné d'un communiqué expliquant la portée de l'arrêt¹⁵⁶ Devant les juges du

¹⁵⁶ V. par ex., les communiqués mis en ligne sur www.courdecassation.fr sur les arrêts Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénédé ; ibid. 153, point de vue H. Fulchiron ; ibid. 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; ibid. 2017. 123, chron. V. Vigneau ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; ibid. 2013. 663, point de vue F. Chénédé ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser ; ibid. 307, obs. J.-P. Marguénaud et Crim., 1er févr. 2017, n° 15-84.511 et a., AJDA 2017. 256 ; D. 2017. 961, note C. Saas ; AJ pénal 2017. 175, note E. Dreyer ; AJCT 2017. 288, obs. S. Lavric.

fond, l'ambiguïté conceptuelle autour du contrôle concret se constate également, à l'image d'une formule employée régulièrement par la cour d'appel de Versailles dans ses arrêts, selon laquelle « le contrôle de conventionnalité est un contrôle de proportionnalité. Il vérifie l'adéquation de l'application de la loi au cas d'espèce »¹⁵⁷. Il n'est pas inutile de le redire, une telle affirmation est excessive : d'une part, le contrôle de conventionnalité ne suppose pas, par définition, l'exercice d'un contrôle de proportionnalité ; d'autre part, le contrôle de proportionnalité peut parfaitement s'exercer de manière abstraite, et non uniquement de manière concrète à travers la vérification de l'adéquation de l'application de la loi au cas d'espèce. Sans compter que le contrôle de proportionnalité existe en dehors du contrôle de conventionnalité, puisqu'il est exercé dès lors que la Constitution ou la loi exige la proportionnalité des mesures d'application. La reprise par la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 novembre 2016¹⁵⁸, de l'essentiel de la motivation adoptée par le Conseil d'État dans l'arrêt Gonzalez-Gomez pourrait amener l'ensemble des juges à clarifier l'usage du contrôle concret ; certains juges du fond ont d'ailleurs d'ores et déjà emprunté cette voie¹⁵⁹.

L'incertitude sur l'office du juge de la conventionnalité de la loi porte également sur les types de recours concernés par le contrôle concret. Bien évidemment, la concrétisation est un mouvement dont l'intensité est souvent difficilement mesurable,

¹⁵⁷ Versailles, 10 mai 2016, no 13/08489 ; Versailles, 4e ch. expropriations, 24 janv. 2017, no 14/02638 ; Versailles, 4e ch. expropriations, 28 févr. 2017, no 14/05680 : disponibles sur www.doctrine.fr.

¹⁵⁸ Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, D. 2016. 2337, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2016. 601, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2017. 111, obs. J. Hauser

¹⁵⁹ Pour une illustration d'une dissociation nette des contrôles abstrait et concret, v. Paris, pôle 5 - ch. 7, 9 févr. 2017, no 12/12073, disponible sur www.doctrine.fr.

mais certains recours sont probablement plus sensibles que d'autres aux aspects concrets. Devant le juge administratif, le recours en excès de pouvoir à l'encontre des actes réglementaires semble moins propice à un dédoublement abstrait/concret du contrôle de conventionnalité de la loi qui fonde cet acte. Au regard de la finalité d'annulation de l'acte attachée au recours pour excès de pouvoir, il semble difficile, en dépit des possibilités de maîtriser les conséquences d'une annulation¹⁶⁰, de décider qu'un acte administratif général et impersonnel est légal en ce qu'il a été adopté sur le fondement d'une loi abstraitement conforme à un traité, tout en estimant que cet acte administratif est illégal en ce qu'il a été adopté sur le fondement d'une loi dont l'application doit être écartée uniquement dans les circonstances d'une espèce en raison d'une violation concrète du traité. Tout dépend également des arguments invoqués par le requérant et de son intérêt à agir. Par exemple, dans un arrêt du 23 décembre 2016, le Conseil d'État, saisi d'une demande d'annulation des dispositions réglementaires de mise en œuvre du nouveau régime législatif de l'état d'urgence, rejette l'exception d'inconventionnalité en estimant, seulement abstraitement au regard de la demande du requérant, qu'« il ne ressort pas des pièces du dossier que les dispositions de la loi du 3 avril 1955 seraient, par elles-mêmes, incompatibles »¹⁶¹ avec la Convention européenne des droits de l'homme.

Quant aux normes de référence du contrôle concret de conventionnalité des lois, une sorte de consensus implicite pourrait laisser croire que seuls les droits et libertés, et en particulier ceux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, seraient utilement invocables dans le cadre de ce nouvel office du juge de la loi.

¹⁶⁰B. Plessix, *Droit administratif général*, Lexisnexis, 2016, p. 1432.

¹⁶¹ CE, 23 déc. 2016, n° 395091, *Ligue des droits de l'homme*, AJDA 2017

Une telle restriction découle de la rhétorique du risque de condamnation par la Cour de Strasbourg en tant que justification principale du mouvement de concrétisation. Or, de même que ce motif n'est probablement qu'un prétexte masquant la réalité du choix des juges, les droits et libertés et le droit de la Convention n'épuisent pas les griefs d'inconventionnalité. C'est théoriquement inévitable, car comment pourrait se justifier l'exclusion du contrôle concret sur le fondement des droits et libertés garantis par le droit de l'Union européenne et le droit international ou sur le fondement du droit matériel de l'Union européenne et des conventions bilatérales? Face à ces potentielles incohérences, il semble certain que l'ensemble des normes internationales et européennes invocables en justice, en vertu des conditions posées par l'article 55 de la Constitution et de la jurisprudence¹⁶², seront tôt ou tard éligibles au contrôle concret de la conventionnalité des lois. C'est d'ailleurs le sens de plusieurs arrêts récents exerçant un contrôle concret en se fondant notamment sur un règlement européen¹⁶³, une directive européenne et sur la Charte des droits fondamentaux¹⁶⁴, une convention de l'Organisation internationale du travail (OIT)¹⁶⁵ ou sur une convention internationale¹⁶⁶. Le développement du contrôle concret de

¹⁶² M. Gautier, F. Melleray, *Applicabilité des normes internationales*, Jurisclasseur no 20, 2013.

¹⁶³ Civ. 1re, 8 mars 2017, n° 15-26.664, D. 2017. 568 ; AJ fam. 2017. 243, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2017. 370, obs. J. Hauser.

¹⁶⁴ Rouen, ch. soc., 13 déc. 2016, no 14/05940, disponible sur www.doctrine.fr, arrêt dont la particularité est d'exercer un contrôle concret au regard de l'effet horizontal du droit de l'Union européenne.

¹⁶⁵ CE, 9 nov. 2016, n° 388822, Fédération des employés et cadres de la CGT Force ouvrière, AJDA 2017. 329 : le Conseil d'État reproche à une cour administrative d'appel de ne pas avoir examiné, concrètement semble-t-il, le grief tiré de la violation par la loi de la convention no 106 de l'Organisation internationale du travail relative au repos hebdomadaire dans le commerce et les bureaux, adoptée à Genève le 26 juin 1957.

¹⁶⁶ Civ. 1re, 7 déc. 2016, n° 16-21.760, D. 2016. 2518 ; *ibid.* 2017. 599, chron. I. Guyon-Renard ; *ibid.* 1011, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2017. 73, obs. A. Boiché.

conventionnalité sur le fondement du droit international est d'autant plus avéré qu'il est stratégiquement utile pour les juridictions judiciaires et administratives, qui demeurent la plupart du temps les seuls interprètes authentiques de ces textes. La Convention internationale des droits de l'enfant présente en particulier un terrain favorable à ce type de politique jurisprudentielle¹⁶⁷. Dans un arrêt du 8 mars 2017¹⁶⁸, la Cour de cassation intensifie pour la première fois son contrôle sur les mesures d'interdiction de sortie du territoire d'un enfant mineur, grâce à un contrôle concret de la mise en œuvre de la loi au regard notamment de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. Autre illustration de l'autonomie dans la mise en œuvre de conventions bilatérales cette fois, l'application du principe de subsidiarité en droit fiscal, en vertu duquel le juge doit examiner la situation du contribuable au regard de la législation interne avant de l'apprécier au regard de la Convention, est l'objet d'une divergence de jurisprudence entre le Conseil d'État qui applique ce principe¹⁶⁹ et la Cour de cassation qui s'y refuse¹⁷⁰ le tout au terme de contrôles qui mêlent des aspects abstrait et concret.

Le degré de précision de la norme de référence aura une incidence sur la possibilité d'exercer un contrôle concret de la conventionnalité de la loi. En effet, ce

¹⁶⁷ Rennes, 5 avr. 2017, no 15/06966.

¹⁶⁸ Civ. 1re, 8 mars 2017, n° 15-26.664, D. 2017. 568 ; AJ fam. 2017. 243, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2017. 370, obs. J. Hause.

¹⁶⁹ CE, 12 mars 2014, n° 362528, Société Céline, Lebon p. 50 ; RFDA 2014. 789, chron. C. Santulli ; RTD com. 2014. 715, chron. E. Cortot-Boucher ; CE, 7 juin 2017, n° 386579, Ministre des finances et des comptes publics.

¹⁷⁰ Cass., ass. plén., 2 oct. 2015, no 14-14.256, D. 2015. 2012 ; AJ fam. 2015. 622, obs. J.-D. Azincourt ; *ibid.* 566, obs. P. Jolivet.

contrôle aura davantage d'occasions de s'exercer lorsque la norme conventionnelle invoquée sera rédigée en des termes généraux invitant le juge à un travail de conciliation et de pesée des intérêts en présence. En revanche, face à une norme internationale ou européenne posant une obligation inconditionnelle et précise, il est probable que la confrontation abstraite de la loi à cette norme « épuise le contrôle et qu'on ne trouvera jamais d'incompatibilité *in concreto* »¹⁷¹. Dans ce type d'hypothèse, le contrôle concret n'est cependant pas exclu, mais sera plus rarement exercé lorsque la configuration particulière des faits de l'espèce le permettra.

En ce qui concerne l'objet du contrôle concret, il semble aller de soi qu'il s'agit de la loi telle que mise en œuvre dans un cas particulier. La mise en œuvre de la loi dans un cas d'espèce n'étant que la manifestation particulière d'une norme générale, le contrôle concret porterait sur la norme législative particulière tandis que le contrôle abstrait aurait pour objet la norme législative générale et impersonnelle. Sans prétendre à l'étanchéité des catégories, le contrôle concret a pour particularité de s'exercer sur la norme législative telle que façonnée par les faits du litige ou les faits généraux, selon la distinction déjà évoquée, et qui conduisent le juge de la conventionnalité à estimer que, dans cette configuration normative et ce contexte factuel, la loi est contraire au traité et ne doit pas s'appliquer. Ainsi, dans l'arrêt *Gonzalez-Gomez* du Conseil d'État, c'est bien la décision administrative de refus adoptée « sur le fondement des dispositions (...) du code de la santé publique – lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français – » qui « porte, eu égard à l'ensemble des circonstances de la présente affaire, une atteinte manifestement excessive¹⁷² » à l'article

¹⁷¹ L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », *op. cit.*

¹⁷² CE, ass., 31 mai 2016, *Gomez-Gonzalez*, *op. cit.*

8 de la Convention européenne des droits de l'homme. De même, dans l'arrêt du 9 novembre 2016 de la première chambre civile de la Cour de cassation, la motivation adoptée ne crée aucune rupture entre les dispositions législatives générales et leur mise en œuvre en l'espèce : « Attendu qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi »¹⁷³. Ce telle que mise en œuvre par l'administration, par une personne privée, mais également par le juge du fond. Ainsi, à l'image des arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'État, le contrôle concret est aussi un outil de contrôle et de régulation au profit des cours suprêmes des deux ordres juridictionnels. Par exemple, dans un arrêt du 8 décembre 2016 relatif à l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe prévue par les articles 161 et 184 du code civil, la motivation adoptée par la Cour de cassation consiste à rappeler les éléments essentiels des faits pour en conclure « que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a pu déduire que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de Mme Z..., au regard du but légitime poursuivi »¹⁷⁴. Dans ce type d'hypothèse, la Cour de cassation vérifie que le contrôle concret de conventionnalité a été correctement exercé par les juges du fond.

¹⁷³ Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, D. 2016. 2337, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2017. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2016. 601, obs. M. Saulier ; RTD civ. 2017. 111, obs. J. Hauser. Souligné par nous.

¹⁷⁴ Civ. 1re, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, D. 2017. 953, obs. I. Gallmeister, note F. Chénédé ; *ibid.* 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 1082, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2017. 71, obs. J. Houssier ; RTD civ. 2017. 102, obs. J. Hauser.

Par ailleurs, la concrétisation du contrôle peut porter sur la détermination de l'applicabilité du traité et son champ d'appli- cation. Ainsi, dans un arrêt du 14 janvier 2016¹⁷⁵, la Cour de cassation suit un raisonnement factuel afin de décider qu'au regard des faits de l'espèce, la cour d'appel a exactement déduit qu'une organisation ne pouvait se voir appliquer l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'elle n'était pas une association au sens de cette stipulation, en raison de l'influence directe d'une personne publique sur son organisa- tion et son fonctionnement.

Cependant, certaines situations laissent peu d'espace au déve- loppement d'un contrôle concret de conventionnalité de la loi au regard de son objet et du litige. En effet, lorsque la loi se contente d'habiliter une autorité à produire du droit, sans encadrer précisé- ment l'exercice de ce pouvoir par des règles de fond, la décision administrative prise sur le fondement de la loi ne constitue pas la mise en œuvre directe de la loi. En contentieux administratif, le Conseil d'État a clairement identifié ce type d'hypothèses à propos de la question connexe de l'épaisseur de l'écran législa- tif, lorsqu'un requérant invoque l'inconstitutionnalité d'un acte administratif sans déposer de QPC. En vertu de la théorie de l'écran législatif transparent¹⁷⁶, telle que reformulée récemment à propos des articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement, « il incombe au juge administratif de vérifier, au vu de l'argumenta- tion dont il est saisi, si les mesures prises pour l'application de la loi, dans la mesure où elles ne se bornent pas à en tirer les consé- quences nécessaires, n'ont pas

¹⁷⁵ Civ. 1re, 14 janv. 2016, no 14-26.443.

¹⁷⁶ CE, 17 mai 1991, Quintin, RD publ. 1991. 1429, concl. R. Abraham ; CE, 13 mars 1996, n° 138749, Gohin, Lebon p. 73 ; AJDA 1996. 699, note J. Mekhantar ; CE, 10 oct. 1997, n° 178956, Fédération nationale des experts-comptables, Lebon T. p. 634 et 1050 ; Dr. adm. 1998, comm. 67, obs. D.P. ; CE, 27 oct. 2011, n° 343943 et a., Confédération française démocratique du travail (CFDT) et autres, Lebon T. p. 743 et 1096 ; AJDA 2011. 2098. La Cour de cassation applique également la théorie de l'écran législatif transparent, v. Crim., 1er févr. 1990, Bull. n o 56 ; même solution : Crim. 29 oct. 1991, Bull. no 386.

elles-mêmes méconnu»¹⁷⁷ la Constitution. Bien qu'en matière de conventionnalité la question de l'écran législatif ne se pose pas, la grille de lecture offerte par la théorie de l'écran législatif transparent, à propos du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, permet de cerner les hypothèses dans lesquelles le juge exerce un contrôle de conventionnalité de la décision administrative sans que la loi soit directement concernée. Ainsi, lorsque l'administration dispose d'une marge d'appréciation importante et que l'acte administratif ne tire pas les conséquences nécessaires de la norme législative générale, l'examen de la conventionnalité n'a pas pour objet la disposition législative habilitant l'autorité administrative à produire un acte dont le contenu est laissé à sa libre appréciation. Par exemple, dans les précédents déjà évoqués de contrôle concret qui découlent notamment de la jurisprudence *Belgacem*, le juge administratif contrôle directement la conventionnalité de la décision administrative d'expulsion pour déterminer si, concrètement au regard de la situation particulière de l'individu concerné, elle méconnaît la Convention européenne des droits de l'homme. La loi n'est pas non plus directement en cause lorsque le juge administratif estime contraire au traité le fait de refuser de mettre en œuvre une disposition législative, tel un arrêt du Conseil d'État du 19 mai 2017¹⁷⁸ relatif à la compétence du conseil départemental pour accorder l'indemnité due au tiers digne de confiance auquel un enfant mineur a été confié par l'autorité judiciaire.

¹⁷⁷ CE, 26 févr. 2014, n° 351514, *Association Ban Asbestos France*, Lebon T. p. 752 et 871 ; AJDA 2014. 476 ; *ibid.* 1566, note D. Deharbe ; RDI 2014. 331, obs. A. Van Lang. V. égal., CE, 12 juill. 2013, n° 344522, *Fédération nationale de la pêche en France et a.*, Lebon p. 192, concl. E. Cortot-Boucher ; AJDA 2013. 1479 ; *ibid.* 1737, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; D. 2014. 104, obs. F. G. Trébulle ; AJCT 2013. 581, obs. M. Moliner-Dubost ; RFDA 2013. 1255, chron. A. Roblot-Troizier et G. Tusseau ; *ibid.* 2014. 97, concl. E. Cortot-Boucher ; *ibid.* 115, note J. Robbe.

¹⁷⁸ CE, 19 mai 2017, n° 406637, *Département de Mayotte*, AJDA 2017. 1087 ; AJ fam. 2017. 328 et les obs.

Par conséquent, si l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 et l'arrêt du 31 mai 2016 du Conseil d'État constituent une innovation, c'est précisément parce que le juge écarte la norme législative particulière qui découle de l'application du texte législatif à une situation individuelle. Le choix du juge de procéder à un contrôle concret de conventionnalité réintroduit une marge d'appréciation au profit des autorités d'application de la loi qui pourront logiquement faire échec à la volonté du législateur lorsque son application portera une atteinte disproportionnée aux droits issus du droit international et euro-péen. Ainsi, alors que le texte de loi semblait poser un interdit absolu, le contrôle concret introduit une marge d'appréciation.

En outre, la dissociation désormais possible entre contrôles abstrait et concret de la conventionnalité des lois renouvelle le débat sur une autre distinction entre le contrôle de la validité et de l'applicabilité de la loi. En effet, le contrôle concret semble à première vue assimilable à un contrôle de l'applicabilité de la loi au cas d'espèce : bien que la loi applicable pour résoudre le litige soit valide – en tant qu'elle est conventionnellement compatible –, elle ne peut être appliquée à certaines situations sans méconnaître des exigences conventionnelles. Pourtant, la distinction contrôle abstrait/concret ne peut se réduire à la distinction validité/applicabilité. D'abord en effet, si le contrôle concret est bien un contrôle de l'applicabilité de la loi, la question de l'applicabilité de la loi peut être résolue au terme d'un contrôle abstrait. Ainsi en est-il à chaque fois que, sans remettre en cause la validité d'une disposition législative, le juge résout des questions de champ d'application du traité ou relève que la loi est contraire à un engagement international en tant qu'elle s'applique à une situation régie par le droit de l'Union européenne. Ensuite, si la validité de la loi n'est pas en cause dans le cadre du contrôle concret de conventionnalité et si les effets de ce contrôle sont limités à la situation propre à l'espèce, il reste que, d'une part, une situation identique, ou seulement analogue, pourrait justifier qu'un autre juge écarte l'application de la loi pour résoudre le litige dont il est saisi, et, d'autre part, la constatation de l'inconventionnalité de l'application de la loi à un cas particulier ne sera pas

dénuée de conséquences sur la loi elle-même : le fait même que la situation particulière de violation excessive des droits conventionnellement garantis ait pu se produire invite à modifier, à compléter, à aménager le dispositif législatif pour éviter que se reproduise une telle situation. La loi n'est donc pas inconstitutionnelle en elle-même, mais elle est inconstitutionnelle en tant qu'elle a permis que se réalise concrètement une violation des droits fondamentaux protégés par un engagement international de la France.

L'office du juge de cassation est également affecté par le contrôle concret. En effet, à partir du moment où il est admis que l'application de la loi doit être écartée lorsqu'elle entraîne une violation disproportionnée des droits et libertés reconnus par une norme internationale ou européenne, se pose nécessairement la question de savoir si le juge de cassation se contentera d'exiger des juridictions du fond que le contrôle concret de la proportionnalité de l'atteinte aux droits soit réalisé ou si elle se saisira elle-même de ce contrôle. Autrement dit, si l'exigence d'un tel contrôle relève bien d'un moyen de cassation, la réalisation, et donc le résultat, de ce contrôle doit-il être abandonné à l'appréciation souveraine des juridictions du fond ? Du côté du Conseil d'État, la chose est entendue : habitué à être juge du fond historiquement et s'agissant aujourd'hui de certains contentieux, il a comme une vocation naturelle à exercer le contrôle concret de conventionnalité de la loi. En outre, lorsqu'il est juge de cassation, il est fréquent qu'il statue lui-même au fond après avoir cassé l'arrêt d'appel. En dépit de la volonté aujourd'hui de recentrer sa mission sur son office de juge de cassation, le Conseil d'État se saisira aisément de l'appréciation concrète de la conventionnalité de la loi. La position de la Cour de cassation est plus délicate : se prononçant à propos du contrôle de proportionnalité en général, V. Vigneau relevait qu'il « existe un risque certain qu'en cherchant à exercer elle-même le contrôle de proportionnalité, elle ne soit conduite à rejurer non seulement le droit mais aussi les faits, et se voie dans l'obligation de mener des investigations, d'entendre les témoins, d'ordonner des expertises » et elle « ne disposerait dès lors plus du temps nécessaire pour exercer sa fonction première d'harmonisation de la règle de droit »,

de sorte qu'elle devrait limiter « son prétoire aux seules affaires présentant un intérêt général »¹⁷⁹, en méconnaissance de l'égalité des justiciables et donc des citoyens devant la loi. La spécificité de l'office de la Cour de cassation rend donc délicate la question du contrôle de la motivation des juges du fond : soit la Cour de cassation se contente d'un contrôle « léger » en vérifiant que les juges du fond ont effectué la pesée des intérêts en présence et si cette pesée ne viole pas le traité ; soit elle effectue elle-même cette mission et substitue sa propre appréciation des faits au terme d'un contrôle dit « lourd », ce qui suppose que la Cour de cassation ne soit pas seulement juge du droit mais aussi juge du fait. Les décisions rendues jusqu'à présent oscillent entre ces deux voies¹⁸⁰.

L'intensité du contrôle concret de conventionnalité des lois est également incertaine, bien que ce nouvel office pourrait permettre – enfin! – d'abandonner une dichotomie réductrice entre un contrôle de conformité qu'impliquerait le contrôle de constitutionnalité, et un contrôle de compatibilité que supposerait dans tous les cas le contrôle de conventionnalité. Entretienue par des arrêts emblématique¹⁸¹, diffusée par la doctrine universitaire et juridictionnelle¹⁸², l'indexation du niveau d'intensité du contrôle en fonction

¹⁷⁹ V. Vigneau, « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *op. cit.*

¹⁸⁰ F. Chénédé « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité in concreto », D. 2017. 953.

¹⁸¹ CE, 5 janv. 2005, n° 257341, *Deprez, Baillard*, Lebon p. 1 ; AJDA 2005. 845, note L. Burgorgue-Larsen ; D. 2005. 521 ; RFDA 2005. 56, étude B. Bonnet ; RTD civ. 2005. 561, obs. P. Deumier ; RTD eur. 2006. 183, note A. Ondoua ; *ibid.* 301, chron. D. Ridleng.

¹⁸² L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges C. Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 33 ; C.M, F.D, Y.A, « Le Conseil d'État, le droit à la vie et le contrôle de conventionnalité », AJDA 2001. 91 ; J.-M. Favret, « Le rapport de compatibilité entre le droit national et le droit communautaire », AJDA 2001. 727 ; G. Canivet, « Le droit communautaire et le juge national ou comment un demi-siècle d'application du droit

de l'origine constitutionnelle ou conventionnelle de la norme de référence ne résistait déjà pas à la confrontation avec la réalité de la jurisprudence¹⁸³. Bien évidemment, l'intensité du contrôle exercé sur la loi dépend du niveau d'exigence et de précision de la norme de référence, des choix interprétatifs du juge, mais également de l'objet législatif contrôlé. Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi de questions sensibles sur le plan « sociétal » ou éthique, il rappelle qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation identique à celui du Parlement, et la présentation de ce « totem anti-gouvernement des juges » induit inévitablement l'exercice d'un simple contrôle de compatibilité. Réciproquement, lorsque la Cour de cassation écarte l'application de la loi sur la garde à vue, le contrôle de conventionnalité franchit les frontières du simple contrôle de compatibilité¹⁸⁴. Dans cette perspective, le contrôle concret de conventionnalité des lois suivra très certainement la voie tracée par le contrôle abstrait de conventionnalité. En présence d'une norme de référence exigeante, d'une marge d'appréciation faible pour le législateur ou d'un risque de conséquences substantielles et irréversibles pour le justiciable, comme dans l'affaire *Gonzalez-Gomez* tranchée par le Conseil d'État, le contrôle sera intense et souvent proche d'un contrôle plein et entier de proportionnalité. Mais, une fois encore, le contrôle concret n'est pas synonyme de contrôle de proportionnalité et il est théoriquement envisageable qu'un contrôle restreint de la mise en œuvre de la loi soit exercé sur le fondement du traité. En ce sens, la Cour de cassation n'a pas poussé à l'extrême l'intensité de son contrôle

communautaire a libéré le juge judiciaire français de deux siècles de soumission absolue à la loi interne », in D. Simon (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 81.

¹⁸³ Dans le même sens, v. X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », RDLF 2015, chron. no 08, www.revuedlf.com.

¹⁸⁴ Cass., ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049 et al.

dans les contentieux relatifs à plusieurs volets du droit de la famille¹⁸⁵. Autre incertitude, comment coordonner les contrôles abstrait et concret de la conventionnalité des lois ? Si la logique suivie est celle de l'arrêt *Gonzalez-Gomez* du Conseil d'État¹⁸⁶, appuyée par les déclarations du vice-président du Conseil d'État¹⁸⁷, le contrôle concret est un contrôle subsidiaire qui ne peut intervenir qu'après un constat de non-violation abstraite du traité par la loi. La Cour de cassation utilise également cette forme de priorité d'examen au profit du contrôle abstrait, de manière explicite depuis l'arrêt du 9 novembre 2016¹⁸⁸. Les deux contrôles – abstrait et concret – seront donc la plupart du temps indissociables : l'issue de l'un déterminant partiellement l'issue de l'autre. C'est aussi ce qu'exprime A. Bretonneau dans ses conclusions sur l'affaire *Gonzalez-Gomez* lorsqu'elle décèle « une virtualité de méconnaissance de l'article 8 à raison de l'infinie diversité des situations que l'interdit est susceptible de couvrir, tout en peinant, compte tenu de cette diversité même, à reprocher au législateur de ne pas avoir tout anticipé »¹⁸⁹. La généralité des termes de la loi posant une règle absolue permet au juge d'identifier « un risque d'inconventionnalité » au stade du contrôle *in abstracto* ; la légitimité de la règle, en ce qu'elle poursuit une finalité d'intérêt

¹⁸⁵ Civ. 1re, 6 juill. 2016, no 15-19.853 ; Civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-25.507.

¹⁸⁶ En ce sens, A. Bretonneau « Conclusions sur CE, ass., 31 mai 2016, *Gomez-Gonzalez* », *op. cit.* Plus clairement encore, L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet, *op. cit.* : « ce n'est que si la loi n'est pas totalement ou en partie inconventionnelle qu'une seconde chance est donnée au moyen du requérant, le juge acceptant de faire une sorte d'exception à la conventionnalité de la loi si les conséquences de son application au cas de l'espèce sont si excessives et singulières que la convention s'en trouve méconnue ».

¹⁸⁷ Pour J.-M. Sauvé, le contrôle abstrait demeure « une étape indispensable et nécessaire », in *Le Conseil d'État et le droit européen et international*, 26 oct. 2016, Tokyo, disponible sur www.conseil-etat.fr.

¹⁸⁸ Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, Dans le même sens, v. Civ. 1re, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

¹⁸⁹ A. Bretonneau, *op. cit.*

général, justifie tout à la fois qu'elle soit maintenue dans son principe à l'issue du contrôle abstrait, mais écartée exceptionnellement à l'issue du contrôle concret.

Pourtant, la jurisprudence n'est pas uniforme sur ce point. Ainsi, la Cour de cassation s'est d'ores et déjà permis d'inverser l'ordre ainsi théoriquement établi. Dans un arrêt du 7 décembre 2016, elle se prononce en premier lieu «sur la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé par la mesure de confiscation de tout ou partie du patrimoine, au regard de sa situation personnelle et de la gravité concrète des faits¹⁹⁰», et seulement en second lieu sur la conventionnalité abstraite des dispositions du code pénal relatives à la peine complémentaire de confiscation de tout ou partie des biens des personnes coupables d'un trafic de stupéfiants.

De plus, l'articulation du caractère abstrait ou concret du contrôle de conventionnalité des lois ne pourra se comprendre sans une contextualisation des affaires au regard de la demande du justiciable et du contenu des griefs invoqués. Sur la question du caractère d'ordre public de ce type de grief, la Cour de cassation accepte de manière générale de relever d'office un grief tiré de la violation d'un traité¹⁹¹; la même position devrait logiquement prévaloir à propos du contrôle concret de conventionnalité des lois. D'ailleurs, dans l'arrêt du 4 décembre 2013¹⁹² relatif à l'annulation du mariage entre un beau-père et sa bru, la Cour de cassation avait relevé d'office la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En revanche, le refus du Conseil d'État

¹⁹⁰ Crim., 7 déc. 2016, no 15-85.136.

¹⁹¹ Soc., 16 déc. 2008, no 05-40.876 ; Crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938.

¹⁹² Civ. 1re, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

de relever d'office la violation du traité par la loi¹⁹³ devrait s'appliquer également dans le cadre du contrôle concret.

En l'état, de nombreuses affaires récentes, mettant en cause la conventionnalité de la loi, sont résolues au terme d'un contrôle seulement abstrait, tant devant le Conseil d'État¹⁹⁴ que devant la Cour de cassation¹⁹⁵ et les juges du fond¹⁹⁶. Il arrive également que les deux contrôles soient indistinctement mêlés sans que le juge affiche une quelconque dissociation¹⁹⁷, ou encore que le constat de la conformité abstraite de la loi éteigne aussitôt toute contestation sur la présence d'une violation concrète du traité¹⁹⁸. La dissociation entre

¹⁹³ CE, sect., 11 janv. 1991, n° 90995, SA « *Morgane* », Lebon p. 9 ; AJDA 1991. 149 ; *ibid.* 111, chron. E. Honorat et R. Schwartz ; RFDA 1991. 652, concl. M.-D. Hagelsteen.

¹⁹⁴ CE, 23 déc. 2016, no 395091, Ligue des droits de l'homme, préc.

¹⁹⁵ Civ. 2e, 15 sept. 2016, no 15-22.346 : la Cour de cassation examine seulement de manière abstraite la conformité d'une disposition du code de la sécurité sociale : « en précisant ainsi, selon un critère purement objectif, le champ d'application d'une mesure d'exonération ou de réduction des cotisations dues par l'employeur aux fins d'allègement du coût du travail des entreprises recourant à une main-d'œuvre faiblement rémunérée, ces dispositions n'introduisent dans l'exercice du droit au respect des biens garanti par l'article 1er du Protocole additionnel no 1 aucune discrimination prohibée par l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

¹⁹⁶ Sur un contrôle abstrait du régime législatif de compensation du handicap en fonction des besoins des enfants handicapés sur le fondement de la Conv. EDH et du Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques, v. Bastia, ch. civ. a, 3 mai 2017, no 15/00435, disponible sur www.doctrine.fr.

¹⁹⁷ Aix-en-Provence, 3e ch. b, 11 mai 2017, no 15/13588, disponible sur www.doctrine.fr.

¹⁹⁸ Le constat de la conformité abstraite de l'art. 526 du code de procédure civile en matière d'exécution provisoire, au regard de l'art. 6, § 1, de la Conv. EDH, suffit à établir que les requérants n'ont pas subi en l'espèce de conséquences manifestement excessives v. Paris, 11 mai 2017, no 16/17854, disponible sur www.doctrine.fr.

les contrôles abstrait et concret n'est donc pas toujours stricte et étanche¹⁹⁹, tout dépend des éléments juridiques et factuels de l'espèce ainsi que des arguments invoqués par le justiciable. En revanche, si le justiciable n'argumente que sur la dimension concrète de la violation en l'espèce par la loi du traité, il est envisageable que les juges de la conventionnalité exercent tout de même au préalable, de manière plus ou moins explicite, un contrôle abstrait de la loi. Autre cas de figure potentiel, un grief pourra être utile pour le contrôle abstrait sans l'être pour le contrôle concret. Prenant comme illustration un contrôle de conventionnalité des dispositions législatives relatives aux modalités de don de sang de cordon, demandé par une femme se plaignant de ne pas avoir pu confier à une entreprise le soin de conserver ce sang : le contrôle abstrait de cette loi supposerait nécessairement d'évaluer les limitations à la liberté d'entreprendre des sociétés privées, sans que ce grief puisse, dans cette espèce, faire l'objet d'une évaluation concrète dès lors que la requérante n'est pas concernée par une atteinte à la liberté d'entreprendre.

D'autres incertitudes sur les implications de la concrétisation pourraient être évoquées, comme par exemple le régime de responsabilité du fait de la loi contraire au traité, dont les contours faisaient déjà l'objet de discussions doctrinales²⁰⁰. Selon que le dommage subi du fait de la violation du traité a pour origine le législateur ou l'autorité administrative responsable de la mise en œuvre particulière de la loi, selon que le contrôle concret porte sur un interdit général et absolu ou sur l'utilisation par une autorité habilitée d'une certaine marge d'appréciation, le régime de responsabilité pourrait varier, d'autant que

¹⁹⁹ En ce sens, P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016. 578, préc.

²⁰⁰ CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, *Gardedieu*, préc.

le contrôle concret permet de faire émerger un préjudice spécial issu de l'application particulière de la loi à un cas d'espèce donné.

En l'état actuel de la jurisprudence, les contrôles abstrait et concret de conventionnalité de la loi ne sont donc pas toujours exercés dans une même affaire, l'ordre et donc la hiérarchie entre ces contrôles privilégiant le contrôle abstrait, mais ce n'est pas systématique, et en toute hypothèse le juge de la conventionnalité est contraint par l'objet de la demande ainsi que par le type de recours exercé.

3.2. Les incertitudes concernant l'office du juge de la constitutionnalité des lois.

Si le contrôle de constitutionnalité des lois a franchi un cap dans le degré de concrétisation de l'office du Conseil constitutionnel, certaines limites demeurent en l'état actuel du cadre procédural. Les caractéristiques abstraites et objectives du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, ainsi que le caractère général et absolu de l'effet abrogatif des décisions de non-conformité en QPC, ne sont pas les plus adaptées pour prendre en considération les faits de l'espèce. De même, un justiciable est en droit d'invoquer la violation de droits et libertés constitutionnels dont il n'est pas personnellement affecté, à l'image de la contestation en QPC par une entreprise de la loi relative au don de sang de cordon²⁰¹: alors que seule la liberté d'entreprendre du requérant était affectée, le caractère abstrait et objectif du mécanisme de la QPC a entraîné un débat constitutionnel centré sur la liberté individuelle et la protection de la santé. La dimension objective du contrôle de constitutionnalité nourrit sa dimension abstraite et nuance le mouvement de concrétisation.

²⁰¹ Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-249 QPC.

Le mouvement de concrétisation du contrôle de constitutionnalité est en outre structurellement limité dès lors que le Conseil constitutionnel doit composer, dans une certaine mesure, avec ses partenaires judiciaire et administratif. Ainsi, l'effet de la concrétisation récente des réserves d'interprétation dépend de leur niveau de réception par le Conseil d'État et la Cour de cassation. Car, tout en respectant les principes généraux d'une réserve d'interprétation, la détermination exacte de sa portée et de son champ d'application laisse fréquemment une marge d'appréciation à ses destinataires. Le Conseil constitutionnel est donc forcé d'envisager de manière concertée la concrétisation de son office. Les premiers cas d'application confirment cette nécessité, telles les suites de la décision du Conseil constitutionnel sur la prolongation des assignations à résidence. Appelé à mettre en œuvre les réserves d'interprétation concrètes posées dans la décision du 16 mars 2017²⁰², le Conseil d'État en référé prend, quelques semaines plus tard, de la distance et use de son pouvoir d'interprétation pour assouplir la portée de la décision du Conseil constitutionnel²⁰³. Face aux limites du mouvement de concrétisation du contrôle de constitutionnalité des lois, le débat se porte alors sur deux questions de prospective juridique: le Conseil constitutionnel va-t-il choisir de renforcer ce mouvement et donc d'en repousser les limites ? Si oui, quelles possibilités s'offrent à lui ?

Sur le premier aspect, à moins d'une réforme textuelle d'ampleur, tout dépendra du positionnement institutionnel que le Conseil constitutionnel choisira d'adopter. Un dilemme se présente en effet à lui. Soit le Conseil constitutionnel préserve au maximum les spécificités de son office en pariant sur l'attractivité d'une offre

²⁰² Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC.

²⁰³ CE, ord., 25 avr. 2017, n° 409677, M. A... B..., AJDA 2017. 840 ; CE, ord., 25 avr. 2017, no 409725, M. D. V., A. Roblot-Troizier, « Chronique de jurisprudence- Droit administratif et droit constitutionnel », RFDA 2017. 561.

contentieuse originale, fondée historiquement sur le caractère abstrait et objectif, en jouant ainsi une stratégie d'évitement de la concurrence au profit d'une logique de complémentarité. Soit le Conseil constitutionnel développe encore davantage les éléments de concrétisation de son office, afin d'affronter directement la concurrence du contrôle de conventionnalité. Le risque de la première option est de se complaire dans un splendide isolement au point de subir un délaissement progressif de la part du justiciable. Le risque de la seconde option est de banaliser le contrôle de constitutionnalité concret au point de devenir redondant et donc inutile au regard des intérêts que présente le contrôle de conventionnalité, sauf à réussir le coup de force d'une transformation à terme du Conseil constitutionnel en véritable Cour constitutionnelle surplombant les juridictions judiciaires et administratives. Évidemment, un compromis entre les deux branches de cette alternative n'est pas à exclure, c'est d'ailleurs probablement l'état actuel de la situation. En gardant néanmoins à l'esprit une nuance importante souvent omise: la garantie constitutionnelle des droits et libertés n'est pas identique à la garantie conventionnelle, que ce soit au regard de l'énoncé des normes de référence ou de leur régime juridique. Dès lors, en présence d'une garantie seulement assurée par le contrôle de constitutionnalité, le justiciable sera toujours incité à utiliser le mécanisme de la QPC. Réciproquement, en présence d'une garantie protégée uniquement par une norme conventionnelle, seul le contrôle de conventionnalité sera réellement utile.

Sur le second aspect, à supposer que le Conseil constitutionnel développe encore davantage les aspects concrets de son office, plusieurs voies pourraient être empruntées afin de favoriser une telle logique. En demandant officiellement au justiciable de lui communiquer l'ensemble des pièces liées au litige principal, ou en sollicitant occasionnellement des pièces complémentaires sur l'effet en l'espèce de la disposition législative contestée, l'instruction des dossiers QPC pourrait se nourrir davantage de considérations concrètes. L'état actuel de la loi organique et du règlement intérieur sur la procédure QPC ne l'interdisent d'ailleurs pas. La prise en compte des faits pourrait aussi se

réaliser, dans le cadre du contrôle *a priori* de constitutionnalité, grâce à un contrôle plus intense de la nécessité d'une mesure au regard de l'effet attendu, à travers une utilisation efficace de l'étude d'impact²⁰⁴.

Il est également théoriquement envisageable que le Conseil constitutionnel se convertisse à la position de la Cour de cassation en tant que juge du filtrage des QPC, qui ajoute un critère relatif à « l'incidence sur le litige », « l'influence sur l'issue du litige » ou « l'intérêt » pour le justiciable à contester en l'espèce la constitutionnalité de la loi²⁰⁵. Bien que ce critère constitue un frein aux renvois de QPC, un tel lien entre l'issue du litige principal et la loi contestée se retrouve dans les mécanismes de question de constitutionnalité en Italie ou en Espagne²⁰⁶. Comme en Italie, il est également envisageable que le Conseil constitutionnel contraigne la Cour de cassation et le Conseil d'État à davantage motiver leur décision de renvoi, sous peine d'irrecevabilité. Précisée dans sa motivation, la décision de renvoi pourrait se nourrir d'éléments factuels, en plus de considérations abstraites, qui renforceraient la dimension concrète du contrôle ensuite exercé. Parallèlement, le Conseil constitutionnel pourrait à son tour choisir d'assumer dans

²⁰⁴ B.-L. Combrade, L'obligation d'étude d'impact des projets de loi, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2017 ; T. Perroud, « L'état d'urgence : pour un tournant empirique du contentieux constitutionnel », <http://blog.juspoliticum.com>, 31 juill. 2017.

²⁰⁵ V. par ex., Crim., 9 mai 2012, no 12-81.242 ; Civ. 2e, 10 avr. 2014, no 13-24.746 ; Civ. 2e, 2 avr. 2015, no 14-24.941. Le Conseil d'État semble moins exigeant sur ce point, en dépit de quelques arrêts isolés, v. par ex., CE, 19 janv. 2011, no 343389, préc.

²⁰⁶ En Italie, la question incidente de constitutionnalité est renvoyée à la Cour constitutionnelle « dans le cas où le jugement ne peut être rendu indépendamment de la résolution de la question de légitimité constitutionnelle » (art. 27 de la loi du 11 mars 1953). En Espagne, le juge chargé de renvoyer une question de constitutionnalité doit notamment « préciser ou justifier dans quelle mesure la solution du procès dépend de la validité de la norme en question », v. P. Bon, « La question d'inconstitutionnalité en Espagne », *Pouvoirs*, 2011/2 (no 137), p. 123.

la motivation de ses décisions l'incidence des faits généraux, du contexte juridique et factuel, voire des faits de l'espèce²⁰⁷. Une illustration théoriquement transposable en France, sous réserve du respect du délai de jugement, est offerte par la Cour constitutionnelle belge, qui peut, par un renvoi avant jugement de la question au juge *a quo*, solliciter des éclaircissements sur la pertinence de la question posée ou sur la réalité de l'application de la Constitution au cas d'espèce²⁰⁸. Déjà largement ouverte, la procédure d'intervention devant le Conseil constitutionnel en QPC pourrait connaître un regain de concrétisation si, par exemple, le Défenseur des droits demandait régulièrement à intervenir afin de verser au dossier des éléments pratiques sur la mise en œuvre de la loi.

Un autre levier de concrétisation est potentiellement envisageable: le justiciable devrait pouvoir contester une disposition législative sur un autre fondement constitutionnel que celui à l'origine de la déclaration de conformité, sous réserve du caractère sérieux de la nouvelle prétention ainsi formulée. En l'état actuel, le contrôle de constitutionnalité est réputé avoir épuisé tous les griefs possibles et, sauf changement de circonstances, la disposition législative ne pourra plus être contestée. En privili- giant autant la sécurité juridique, envisagée de manière abstraite et objective, le Conseil constitutionnel néglige les risques de violations concrètes des droits et libertés constitutionnels et se heurte à des critiques parfaitement fondées²⁰⁹. Dès lors qu'un esprit de concrétisation anime de plus en

²⁰⁷ Sur la pratique suivie en Italie, v. G. Zagrebelsky, « Les caractères réaliste et concret du contrôle de constitutionnalité des lois en Italie », Cah. Cons. const. no 22, 2007, p. 153 ; F. Gallo, « Le modèle italien de justice constitutionnelle », Nouv. Cah. Cons. const., no 42, 2014, p. 89.

²⁰⁸ Sur l'ensemble de cette question, v. M. Verdussen, « Le juge constitutionnel et le juge ordinaire : ingérence ou dialogue ? L'exemple de la Cour constitutionnelle de Belgique », Mélanges en l'honneur du président Genevois, Paris, Dalloz, 2008, p. 1079.

²⁰⁹ P. Wachsmann, « L'oracle des libertés ne parle qu'une seule fois, Le Conseil constitutionnel gardien des libertés publiques ? », Jus Politicum, vol. IV, 2012, p. 229 ; E. Dubout, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en

plus la rue de Mont- pensier, il est probable – et souhaitable – qu’une souplesse soit introduite en la matière. Aucun droit à la contestation permanente de la loi ne serait créé, puisque le juge du filtrage évaluerait le caractère sérieux de la question fondée sur d’autres griefs que ceux à l’origine de la décision de conformité. Un signe favorable dans le sens d’une pareille évolution est donné par les décisions du 7 juillet 2017²¹⁰ dans lesquelles le Conseil constitutionnel accepte de réexaminer des dispositions législatives, en créant une nouvelle hypothèse de changement de circonstances liées à la difficulté dans la détermination du champ d’application d’une réserve d’interprétation, qui affecte la portée de la disposition législative critiquée. En concédant que la décision de conformité sous réserve ne vaut pas pour l’ensemble des configurations normatives de la disposition contestée et peut donner lieu à une nouvelle QPC visant un cas particulier d’application de la loi, il est envisageable que le Conseil constitutionnel ouvre la voie à une remise en cause de l’impossibilité de contester à nouveau une loi sur le fondement d’un grief nouveau.

Le filtrage des QPC s’orienterait alors davantage encore vers une pratique pour l’instant discrète : les renvois « en tant que ». Bien que le Conseil constitutionnel soit parfois saisi de ce type de questions et censure des dispositions législatives en tant par exemple qu’elles créent une discrimination injustifiée dans certaines situations²¹¹, l’usage

question », RD publ. 2013. 107 ; A. Vidal-Naquet, « Quelles techniques juridictionnelles pour la QPC ? », in L. Gay (dir.), La QPC. Approche de droit comparé, Bruylant, 2014, p. 175.

²¹⁰ Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-642 QPC ; Cons. const., 7 juill. 2017, no 2017-643/650 QPC.

²¹¹ Cons. const., 25 mars 2011, no 2011-108 QPC : « que, dans le cas où deux lits au moins sont représentés par un ou plusieurs orphelins, la division à parts égales entre les lits quel que soit le nombre d’enfants qui en sont issus conduit à ce que la part de la pension due à chaque enfant soit fixée en fonction du nombre d’enfants issus de chaque lit ; que la différence de traitement qui en résulte entre les enfants de lits différents n’est pas justifiée au regard de l’objet de la loi qui vise à compenser, en cas de décès d’un

reste modéré. Le Conseil constitutionnel est davantage saisi de griefs « en tant que ne pas », à l'origine de plusieurs décisions²¹². Bien que les questions « en tant que » ou « en tant que ne pas » mélangent des considérations abstraites et concrètes²¹³, le développement de ce contentieux pousserait davantage le Conseil constitutionnel vers l'analyse de la loi telle que mise à l'épreuve de la vie juridique et factuelle, vers les conséquences concrètes d'un régime juridique lacunaire.

En ce qui concerne l'effet de ses décisions, le Conseil constitutionnel pourrait profiter des largesses de l'article 62 de la Constitution qui lui permet de déterminer « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Avec pour seule limite l'imagination du Conseil constitutionnel, tant la contrainte sémantique de cette disposition est faible, il n'est pas exclu que de nouvelles formes de décisions voient le jour, inspirées en ce sens par la richesse des mécanismes équivalents en droit comparé²¹⁴. Après avoir créé les abrogations assorties d'injonctions à l'attention du législateur ou des juges, les normes transitoires ou les abrogations de date à date, pour ne prendre que quelques illustrations, le Conseil constitutionnel pourrait émettre de manière assumée des réserves d'interprétation imposant de ne pas

fonctionnaire, la perte de revenus subie par chacun de ses ayants cause ; que, par suite, l'article L. 43 doit être déclaré contraire à la Constitution ».

²¹² V. par ex., Cons. const., 22 mai 2013, n° 2013-312 QPC ; Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-358 QPC ; Cons. const., 6 févr. 2014, n° 2013-365 QPC ; Cons. const., 5 déc. 2014, n° 2014-433 QPC ; Cons. const., 29 janv. 2015, n° 2014-446 QPC.

²¹³ M. Disant, *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité*, Lamy, 2011, p. 313.

²¹⁴ V. les nombreuses contributions sur l'Espagne et l'Italie rassemblées in L. Gay (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, op. cit.

appliquer la disposition législative dans certaines situations. Par ces réserves d'interprétation « en tant que », le Conseil constitutionnel donnerait en pratique un effet relatif à sa décision en visant au plus précis et au plus juste. De même, au chapitre des conséquences des décisions du Conseil constitutionnel envisagées dans une dimension concrète, il est possible et souhaitable que le Conseil constitutionnel pose les jalons d'un régime de responsabilité du fait de la loi en ce qu'elle cause un préjudice né de la violation de la Constitution²¹⁵.

3.3 Les incertitudes concernant la coordination des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité

Le mouvement de concrétisation des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité de la loi aura forcément des implications sur la coordination mutuelle de ces deux contrôles. Avec tout d'abord une configuration inédite mais à peu près inévitable : une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, abstraitement conforme au traité par le juge de la conventionnalité, mais dont la mise en œuvre concrète

²¹⁵ V. déjà en ce sens, TA Paris, 7 févr. 2017, n° 1505725/3-1, Société Paris Clichy, AJDA 2017. 698, concl. F. Doré ; ibid. 545, tribune M. Disant : « la responsabilité de l'État du fait des lois est susceptible d'être engagée devant le juge administratif pour réparer les préjudices qui résultent de l'application d'une disposition législative déclarée contraire à la Constitution par une décision du Conseil constitutionnel statuant dans le cadre de la procédure prévue à l'article 61-1 de la Constitution, sous réserve que cette décision, qui s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles en application de l'article 62 de la Constitution, n'ait pas exclu toute indemnisation », Dr. adm. no 6, juin 2017, comm. 30, G. Eveillard. Sur cette question, v. M. Disant, « La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle », RFDA 2011. 1181 ; O. Desaulnay, « La responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle : l'inévitable pas de deux du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel », Mélanges Pierre Bon, Dalloz, 2014, p. 792 ; A. Blandin, La responsabilité du fait des lois méconnaissant des normes de valeur supérieure, Dalloz, 2016. Sur l'état de la question en Belgique, v. M. Verdussen, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution » in D. Renders (dir.), La responsabilité des pouvoirs publics, Bruylant, 2016, p. 395.

entraîne une violation du traité qui nécessite de ne pas l'appliquer dans un cas particulier. Les juges de la conventionnalité disposent ainsi d'un outil précieux pour atténuer l'abstraction de la décision du Conseil constitutionnel, le tout sans créer un conflit direct, du moins en apparence, dès lors que les deux contrôles se rejoindraient sur la conformité abstraite de la loi. Les juridictions judiciaires ont d'ores et déjà été appelées à répondre à ce type de grief, sans toutefois conclure à une violation concrète du traité. Un arrêt du 6 juillet 2016²¹⁶ de la Cour de cassation rendu à propos de la suppression des offices d'avoués contrôle l'examen par la cour d'appel du grief tiré de la violation de l'article 1er du Protocole no 1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, de manière abstraite mais également de manière concrète au regard de la situation du requérant. Or la disposition contestée issue de la loi du 25 janvier 2011 avait été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*. Le grief de conventionnalité avait donc pour objectif d'obtenir une indemnisation que le Conseil constitutionnel avait refusée en annulant une partie du dispositif. Bien que la Cour de cassation prenne soin de citer la décision du Conseil constitutionnel, ce qui n'est habituellement pas le cas, et conclue à la non-violation de la Convention, l'office du juge de la conventionnalité n'est pas amputé par la décision du Conseil constitutionnel. D'ailleurs, d'autres contentieux sur cette question ont été tranchés par plusieurs arrêts de cours d'appel et l'examen de conventionnalité est mené avec précision, d'abord de manière abstraite, ensuite de manière concrète²¹⁷. La spécialisation formelle des contrôles et l'absence de hiérarchie formelle entre eux laisse ouverte la possibilité d'une dissonance de solutions, sans que l'on puisse parler ici de conflit en raison de la différence de nature des questions tranchées.

²¹⁶ Civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-17.346, D. 2016. 1575.

²¹⁷ CA Paris 16/13140 ; disponibles sur www.doctrine.fr.

La relation entre les décisions en conventionnalité et le filtrage des QPC devrait également être renouvelée par le mouvement de concrétisation. Auparavant, lorsqu'une disposition législative n'avait pas été renvoyée au Conseil constitutionnel pour défaut de caractère sérieux, le juge de la conventionnalité pouvait ensuite exercer un contrôle abstrait qui concluait en pratique au même constat de non-violation. Désormais, le contrôle de conventionnalité peut aussi être concret et donc aboutir, sans démentir ouvertement la décision de non-renvoi au Conseil constitutionnel, à un constat de violation en l'espèce. Ce potentiel est confirmé par un arrêt de la chambre criminelle du 1er février 2017²¹⁸ exerçant un contrôle concret de l'application de dispositions législatives qui avaient fait l'objet d'une décision QPC de non-renvoi quelques mois plus tôt²¹⁹. Un arrêt de la première chambre civile du 6 juillet 2016²²⁰ examine également, de manière abstraite et concrète, au terme d'une motivation fournie, la conformité de l'article 333 du code civil au regard de la Convention européenne des droits de l'homme alors que la Cour de cassation avait refusé en 2011²²¹ de renvoyer une QPC contestant cette même disposition.

Les juges devront également régler la question des modalités de filtrage des QPC concernant des dispositions législatives ayant fait antérieurement l'objet d'un contrôle concret de conventionnalité. Comment seront traitées, par la Cour de cassation et le Conseil d'État, des QPC visant l'article 161 du code civil, à l'origine de l'arrêt de principe du 4 décembre 2013, et l'article L. 2141-2 du code de la santé publique, objet de l'arrêt

²¹⁸ Crim., 1er févr. 2017, n° 15-84.511.

²¹⁹ Crim., 30 mars 2016, n° 15-84.511.

²²⁰ Civ. 1re, 6 juill. 2016, n° 15-19.853.

²²¹ Civ. 1re, 24 févr. 2011, n° 10-40.068.

Gonzalez-Gomez ? Ces deux dispositions ont été jugées abstraitement conformes au traité, mais leur mise en œuvre particulière a conduit à ne pas en faire application en raison d'une violation concrète de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En posant une QPC à l'encontre de ces dispositions législatives, le justiciable pourrait solliciter un renvoi « en tant que », en insistant sur les cas problématiques de mise en œuvre de la loi. L'objectif étant d'obtenir de la part du Conseil constitutionnel une déclaration de non-conformité ou une réserve d'interprétation visant à anticiper et encadrer les cas litigieux de mise en œuvre de la loi. Ainsi, l'hypothèse d'un développement des décisions « en tant que » du Conseil constitutionnel, ainsi qu'un enrichissement de l'effet des réserves d'interprétation, se confirmerait. Par exemple, si le Conseil constitutionnel était saisi en QPC de l'article L. 2141-2 du code de la santé publique à l'origine de l'arrêt *Gonzalez-Gomez*, il pourrait adopter une réserve d'interprétation visant à ne pas faire application de l'interdiction de l'insémination *post-mortem* en cas de circonstances particulières susceptibles de porter une atteinte irréversible et manifestement disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale. Ce serait évidemment audacieux au regard du caractère général et absolu de l'interdiction contenue dans les mots de la loi ainsi réécrite, la solution la plus classique consistant à prononcer une abrogation différée et à laisser le Parlement prévoir les aménagements au principe de l'interdiction. Mais le Conseil constitutionnel n'en serait pas à son premier coup de force – ou d'éclat, c'est selon – quant à l'effet accordé à ses décisions.

La notion de changement de circonstances permettant de surmonter une déclaration de conformité à la Constitution pourrait également être affectée. Les juges de la QPC pourraient être davantage sensibles aux circonstances de fait, dès lors que leur office de juge de la loi se concrétise de manière générale. Un constat de non-conformité de la loi au traité en conventionnalité pourrait également constituer un changement de circonstances justifiant le réexamen de la question par le Conseil constitutionnel : c'est la solution retenue par la Cour de cassation à propos du changement de circonstances

découlant d'un arrêt de la CEDH²²². Le mouvement de concrétisation des contrôles de la loi recèle donc de nombreuses incertitudes ainsi que des leviers d'action importants. Une clarification semble donc nécessaire au regard des enjeux substantiels qui se concentrent sur cette question.

3.4 La clarification nécessaire de la concrétisation

Face aux troubles provoqués par le mouvement de concrétisation du contrôle de la loi, le juge doit relever un défi : rendre identifiable et acceptable cette nouvelle technique contentieuse du contrôle de la loi, afin que l'ensemble des acteurs juridiques se l'approprient. La nécessaire clarification du mouvement de concrétisation suppose l'enrichissement et l'harmonisation de la motivation des décisions, voire la consécration d'une proposition doctrinale: celle de la règle du précédent équivalent associée au principe de faveur. L'ensemble de ces éléments conduit à replacer le mouvement de concrétisation dans une réflexion plus globale sur la montée en puissance des éléments contextuels dans le contrôle juridictionnel de la loi.

Une motivation enrichie

La concrétisation du contrôle de la loi n'est pas sans conséquence sur la motivation des décisions de justice. Par construction, lorsque le juge prend en compte des éléments de fait pour apprécier la constitutionnalité ou la conventionnalité d'une norme, ces éléments apparaissent dans les motifs pour mieux justifier le dispositif : la

²²² Crim., 20 août 2014, no 14-80.394 ; Crim., 19 déc. 2014, no 14-90.043.

concrétisation s'accompagne donc presque mécaniquement d'une motivation enrichie²²³. Lorsque le juge se livre au contrôle concret de la loi pour *in fine* considérer qu'elle ne sera pas applicable en l'espèce, « il doit largement expliciter son raisonnement, qui ne découle plus de la loi ou de la confrontation de normes abstraites » : à cette fin, le juge doit « indiquer l'objectif poursuivi par chaque norme, la portée des droits et intérêts en cause ainsi que la mesure des atteintes ; il doit s'interroger de façon approfondie sur les conséquences de sa décision, documenter son expertise, faire état des données statistiques et scientifiques pertinentes pour éclairer son choix, décrire méticuleusement chaque pesée et justifier sa conclusion »²²⁴. Sans aller jusqu'à ce degré de détails de justification, les décisions de justice représentatives du contrôle *in concreto* sont en général plus motivées.

Ainsi, lorsque le Conseil constitutionnel exerce un contrôle « concrétisé » de la loi, il motive davantage. En témoignent les décisions dans lesquelles il formule des « réserves d'interprétation concrètes », telle celle relative aux conditions de prolongation des assignations à résidence au-delà d'un an dans laquelle il précise les circonstances de fait de nature à la justifier. De même, la décision *Association en marche !* est motivée de manière plus substantielle que d'autres afin de justifier tout à la fois l'inconstitutionnalité de la disposition législative au regard du contexte politique résultant des élections présidentielles et le maintien en vigueur d'une disposition législative amendée pour tenir compte de ce même contexte.

²²³ L'expression figure dans le Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, www.courdecassation.fr.

²²⁴ L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : *in concreto veritas* ? », AJDA 2016. 1398, préc.

L'arrêt *Gonzalez-Gomez* est motivé avec précision, le Conseil d'État prenant soin d'explicitier les raisons de droit et de fait qui le conduisent à écarter la loi en l'espèce. La décision s'inscrit ainsi dans la lignée des arrêts pédagogiques, richement motivés, comme il en existe de plus en plus souvent dans la jurisprudence du Conseil d'État, particulièrement lorsqu'il s'agit de justifier une évolution ou un revirement de jurisprudence. Sans faire l'économie de cette motivation enrichie accompagnant le contrôle concret de la conventionnalité de la loi, les arrêts de la Cour de cassation, on l'a dit, n'ont pas toujours été d'une parfaite limpidité, mais la dichotomie contrôle abstrait/ contrôle concret adoptée par le Conseil d'État et reprise ensuite par la Cour de cassation l'oblige à une motivation plus précise.

Ce lien entre concrétisation du contrôle de la loi et motivation des décisions de justice explique sans doute la concomitance des réflexions se rapportant à l'une et à l'autre. On ne saurait dire si les réflexions sur la motivation des décisions de justice, menées tant au Conseil d'État²²⁵ qu'à la Cour de cassation²²⁶ et, dans une moindre mesure, au Conseil constitutionnel²²⁷, sont à l'origine du mouvement de concrétisation des contrôles de la loi ou si au contraire, au moins s'agissant de la Cour de cassation, la concrétisation du contrôle de la loi et la place prise par le principe de proportionnalité ont conduit à mener une

²²⁵ V. Rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives, avr. 2012, www.conseil-etat.fr.

²²⁶ V. Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, www.courdecassation.fr.

²²⁷ La rédaction des décisions du Conseil constitutionnel a évolué à compter du 10 mai 2016 (Cons. const., no 2016-539 QPC et no 2016-540 QPC). L'objectif était d'en simplifier la lecture en supprimant la rédaction sous forme de « considérants », mais aussi d'approfondir la motivation des décisions. V. en outre la publication d'un dossier des *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* consacré à la motivation : « La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers », *Nouv. Cah. Cons. const.*, 2017, no 55-56.

réflexion sur la motivation de ses arrêts. Il n'en demeure pas moins qu'il y a coïncidence temporelle entre les deux phénomènes. Dans son discours introduisant le rapport annuel de la Cour de cassation de 2016, le président B. Louvel notait que « grâce à des motivations enrichies et aux études pluridisciplinaires qui souvent les précèdent, les arrêts de la Cour tendent ainsi à devenir plus accessibles et intelligibles aux citoyens au nom de qui ils sont rendus ». Ce même rapport montre que toutes les chambres de la Cour ont rendu, au cours de l'année 2016, des décisions motivées de manière plus explicite. Il s'agit fréquemment d'arrêts justifiant un revirement de jurisprudence²²⁸ ou le ralliement à la jurisprudence d'une autre chambre²²⁹; il s'agit aussi d'arrêts explicitant de manière détaillée les conditions dans lesquelles une règle de droit doit être appliquée, notamment par la cour d'appel de renvoi²³⁰; ou encore d'arrêts de renvoi de QPC motivant avec plus de précision les raisons pour lesquelles la question de constitutionnalité posée présente un caractère sérieux²³¹. Outre la motivation des décisions de justice, la concrétisation des contrôles de la loi s'est accompagnée d'une motivation « externalisée » : on entend par là les précisions apportées par la juridiction elle-même ou par ses membres à l'appui de la compréhension d'une décision. Si ce phénomène n'est pas propre à la concrétisation du contrôle de la loi, il peut être remarqué que l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 a fait l'objet d'un « communiqué » et que les trois arrêts de la chambre

²²⁸ Par ex., Civ. 1re, 6 avr. 2016, no 15-10.552 ; Civ. 2e, 19 mai 2016, n° 15-12.767.

²²⁹ Par ex., Com., 22 mars 2016, n° 14-14.218.

²³⁰ Par ex., Civ. 3e, 25 févr. 2016, no 14-29.760 ; Soc., 3 mai 2016, n° 15-11.046.

²³¹ Par ex., Crim., 30 mars 2016, no 16-90.005.

criminelle du 1^{er} février 2017²³² ont donné lieu à une « note explicative ». Les conclusions des rapporteurs publics et les analyses proposées par la chronique générale de jurisprudence administrative publiée à l'*Actualité juridique Droit administratif* (AJDA) sont autant de moyens d'apporter des éléments concrets pour justifier la mise à l'écart de la loi en raison de son inconstitutionnalité propre à l'espèce. Le Conseil constitutionnel, qui publie sur son site, non seulement des communiqués de presse, mais aussi des commentaires de décisions réalisés par son propre service juridique, est sans aucun doute la juridiction qui pousse le plus loin et depuis longtemps cette idée d'une explicitation externe de ses décisions de justice, comme pour compenser leur motivation intrinsèque encore insuffisante²³³. Ainsi en est-il du commentaire des décisions du 7 juillet 2017 qui éclaire les non-dits des motifs de celles-ci²³⁴.

Au-delà du constat de l'enrichissement de la motivation, interne et externe, des décisions de justice, il faut souligner l'intérêt d'un tel enrichissement. Il favorise en effet la prévisibilité du droit en ce qu'il permet de faire apparaître, au fil des décisions, les éléments concrets permettant de savoir dans quels cas la loi reste applicable parce que ses effets concrets sont conformes aux droits et libertés²³⁵. À cet égard, l'évolution

²³² V. *supra*, n° 15-84.511 ; n° 15-83.984 et n° 15-85.199.

²³³ Sur ce point, v. l'introduction de l'article de N. Belloubet, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Nouv. Cah. Cons. const.*, no 55-56, p. 7.

²³⁴ Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-642 QPC, M. Alain C. et Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-643/650 QPC, M. Amar H. et autre.

²³⁵ Sur ce point, v. J. Prévost-Gella, « Contrôle abstrait et contrôle concret : une confrontation à l'application de la jurisprudence *Gonzalez Gomez* », *infra*.

technologique avec le « *big data* » jurisprudentiel et le traitement automatisé des décisions de justice accompagne favorablement le mouvement de concrétisation²³⁶ : elle peut offrir une compréhension approfondie et exhaustive des situations factuelles conduisant à la non-application de la loi en raison de son inconventionnalité.

Une motivation enrichie ou renforcée apparaît ainsi comme un moyen utile « pour tenter de réduire l'imprévisibilité inhérente au contrôle de conventionnalité *in concreto*²³⁷ ». Elle limite en ce sens l'impression d'arbitraire qui ressort de certaines décisions de justice. Il ne faut toutefois être ni dupe ni naïf, tant l'« accumulation de matière n'en dit souvent pas plus sur la raison de décider qu'une ingérence est proportionnée ou disproportionnée²³⁸ ». En outre, des motifs fondés sur des situations concrètes ne permettent pas de déterminer des solutions types et rendent difficile la comparaison des cas : « si la contextualisation permet de dégager une méthodologie commune aux différents cas soumis au contrôle concret, l'hypercontextualisation l'entrave en interdisant les rapprochements »²³⁹.

Pour éviter cet écueil, le professeur F. Chénédé propose de recourir, non pas à un contrôle *in concreto* de la loi, mais d'utiliser la technique des réserves d'interprétation, sur

²³⁶ La loi no 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique oblige les juridictions judiciaires et administratives à mettre à la disposition du public, à titre gratuit et dans le respect de la vie privée des personnes concernées, l'ensemble de leurs décisions.

²³⁷ F. Chénédé, « Nullité du mariage entre alliés - Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », D. 2017. 953, op. cit.

²³⁸ P. Deumier, « Contrôle concret de conventionnalité : l'esprit et la méthode », RTD civ. 2016. 578, op. cit.

²³⁹ *Ibid.*

le modèle de celles formulées par le Conseil constitutionnel, c'est-à-dire de « facture dure », consistant à fixer les conditions de non-application de la loi : dans le cas de l'affaire *Gonzalez-Gomez*, « il s'agirait de juger que l'interdiction de l'exportation des gamètes doit être écartée, comme étant disproportionnée, lorsque la demande est formulée, non pas pour contourner la loi française, mais pour permettre l'application de la loi du pays dont le demandeur est ressortissant et résident (en l'espèce, la loi espagnole) »²⁴⁰. En d'autres termes, il ne s'agirait plus « d'autoriser l'éviction de la loi au cas par cas, mais de limiter son empire par la formulation d'une réserve d'interprétation claire, générale et abstraite » pour cantonner les risques d'imprévisibilité²⁴¹.

Ce n'est toutefois pas le choix fait, ni par la Cour de cassation ni par le Conseil d'État, qui ont privilégié un contrôle de la conventionnalité de la loi *in concreto* et donc au cas par cas. Il n'en reste pas moins que, dans l'exercice d'un contrôle concret de la loi, les juges doivent veiller à ce que, comme l'affirme le professeur P. Deumier, la motivation de leur décision injecte « une dose de prévisibilité dans une méthode qui dépend par hypothèse de la configuration de chaque espèce » ; « la prévisibilité n'étant plus conférée par la logique déductive, elle se reconstruira par la répétition des cas et par la recherche des analogies et dissimilitudes qui, progressivement, permettront d'identifier des indices plus ou moins déterminants »²⁴². La concrétisation du contrôle de la loi devrait ainsi atténuer le

²⁴⁰ F. Chénédé, *op. cit.*

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² P. Deumier, *op. Cit.*

caractère « formaliste, voire hyper-formaliste », d'un raisonnement abstrait fondé sur l'idée que les « questions de droit peuvent être résolues exclusivement par voie de déduction »²⁴³.

Exerçant un contrôle concret de la loi, le juge doit se justifier davantage qu'il ne le fait dans notre tradition²⁴⁴ car « il n'in- terprète plus la loi, prémisse majeure du syllogisme juridique ; il crée cette majeure en déformant, remodelant ou écartant la règle selon les exigences des principes supérieurs » ; autrement dit, « le juge crée véritablement une nouvelle norme, à partir de la confrontation et de la pesée d'exigences générales dont il tire un équilibre particulier au cas d'espèce »²⁴⁵.

Néanmoins, la concrétisation du contrôle de la loi, loin de libé- rer le juge de la contrainte d'une méthode prétendument purement déductive, pourrait paradoxalement avoir pour effet d'encadrer sa subjectivité : c'est l'analyse que propose P. Deumier dès lors que la concrétisation du contrôle affiche ouvertement des considérations qui étaient auparavant déjà présentes, mais qui étaient dissimulées derrière un « habillage syllogistique » préservant « l'apparence d'une décision puisée déductivement » de la loi. Elle estime « que, en affichant un raisonnement jusque-là travesti, le juge l'ouvre à la discussion et la critique doctrinale, de laquelle émergera un nouveau cadre de contraintes argumentatives, bien plus à même de cantonner la subjectivité du juge que son exercice clandestin »²⁴⁶.

²⁴³ D. Baranger, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 7.

²⁴⁴ L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *op. cit.* Les auteurs remarquent que « c'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a lié sa réflexion sur le contrôle de proportionnalité à la modification de ses motivations ».

²⁴⁵ L. Dutheillet de Lamothe, G. Odinet, *op. cit.*

²⁴⁶ P. Deumier, *op. cit.*

Dans le même sens, le professeur C. Jamin a bien montré que, derrière l'*imperatoria brevis* traditionnel des arrêts des cours suprêmes, qui « emprunte le style concis et ferme des lois », l'interprétation du texte est le résultat d'un choix « qui dépend très souvent d'un contexte factuel » ; plus encore, la balance des intérêts qu'induit le principe de proportionnalité implique une mise en balance de normes – norme législative *versus* norme internationale s'agissant du contrôle de conventionnalité des lois – « en tenant compte des situations factuelles auxquelles elles se rapportent »²⁴⁷. Ces éléments factuels ont toujours été présents dans le raisonnement des juges de cassation, mais le résultat de leurs réflexions s'exprime ensuite sous la forme d'un syllogisme abstrait et d'une motivation brève. Le professeur C. Jasmin interroge la Cour de cassation : « devez-vous conserver une forme abstraite et syllogistique au risque de vous faire accuser de ne pas assez “balancer”, ou devez-vous faire évoluer le style et la structure de vos décisions, non seulement pour balancer (ce que, une nouvelle fois, vous faites très souvent), mais pour montrer comment vous balancez et soumettre ainsi vos solutions au débat public ? » ; et l'auteur de répondre en ces termes : « Aujourd'hui, de quoi s'agit-il ? À mon sens, essentiellement, en matière de droits fondamentaux, de mettre sur le devant de la scène des arguments qui n'apparaissent aujourd'hui qu'au cours du délibéré »²⁴⁸.

Cette proposition conduit à s'interroger sur le domaine d'utilisation d'une motivation enrichie et concrétisée. Le rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, propose d'adopter « l'utilisation de la motivation enrichie (au regard notamment des jurisprudences CEDH et CJUE lorsque celles-ci l'imposent)

²⁴⁷ C. Jamin, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », RTD civ. 2015. 263

²⁴⁸ *Ibid.*

pour : les revirements de jurisprudence, la réponse à une question juridique de principe, lorsqu'il est répondu à l'évocation de la violation d'un droit ou d'un principe fondamental, lorsqu'est exercé un "contrôle de proportionnalité", lorsque l'arrêt présente un intérêt pour l'unification de la jurisprudence et le développement du droit, ainsi que pour les questions préjudicielles »²⁴⁹. Du côté du Conseil constitutionnel, N. Belloubet, alors encore membre de l'institution, considérait que « les décisions qui comportent une sensibilité politique ou une réelle densité juridique sont plus longuement motivées »²⁵⁰ et elle prenait l'exemple de la décision relative au délit de consultation des sites terroristes²⁵¹ ou de celle concernant la validation de la durée maximale des assignations à résidence²⁵² qui sont mieux motivées que celle concernant le dégrèvement de la taxe foncière sur les parkings²⁵³ ; une motivation approfondie est également privilégiée pour les « décisions fiscales à incidence forte »²⁵⁴, telle la décision *Métro Holding*²⁵⁵. La question se pose donc de savoir si cette motivation enrichie doit se généraliser ou si les juges doivent sélectionner les cas qui méritent une telle motivation et, le cas échéant, quels seraient les critères de sélection de ces cas. Bien qu'il n'appartienne qu'aux juges,

²⁴⁹ Proposition no 33 du rapport, p. 152.

²⁵⁰ N. Belloubet, *op. cit.*

²⁵¹ Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC, M. David P.

²⁵² Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-624 QPC, M. Sofiyan I

²⁵³ Cons. const., 24 févr. 2017, n° 2016-612 QPC, SCI Hyéroise.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ Cons. const., 3 févr. 2016, n° 2015-520 QPC, Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash.

judiciaires, administratifs et constitutionnels, d'en décider, il peut ici être proposé que la motivation des décisions de justice fasse l'objet d'une harmonisation.

Une motivation harmonisée

Le mouvement de concrétisation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité des lois est utile au justiciable. En se rapprochant des faits généraux et des faits du litige, en prenant davantage en compte la situation particulière du justiciable, que ce soit dans l'exercice du contrôle ou dans ses effets, les juges de la loi offrent une garantie supplémentaire d'effectivité des droits et libertés. Encore faut-il que le justiciable s'oriente dans le dédale du contrôle de la loi et que l'exercice de ce contrôle soit un minimum structuré afin de ne pas tomber dans l'aléa juridictionnel et l'insécurité juridique. L'enjeu de la rationalisation et de la clarification concerne également la relation entre le juge et le législateur, car il est bien évident que les critiques adressées au mouvement de concrétisation²⁵⁶ seront d'autant plus fortes si le désordre et l'incertitude règnent. Sans nier les spécificités des offices, une certaine harmonisation doit donc se réaliser, d'une part, dans la formulation de l'exercice du contrôle concret, d'autre part, dans l'utilisation des précédents.

En premier lieu, le contrôle concret doit rapidement entrer dans une phase d'harmonisation de sa motivation. Au sein de la Cour de cassation, la pratique du contrôle concret s'est progressivement étendue dans les différentes chambres. Cependant, en raison des incertitudes sur l'office juridictionnel qui règnent encore lorsque le contrôle concret est exercé, la motivation adoptée est aléatoire bien que l'articulation entre les

²⁵⁶ V. infra « Les craintes d'un déséquilibre structurel du système juridique ».

contrôles abstrait et concret puisse suivre la motivation adoptée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Gonzalez-Gomez* et reprise par la première chambre civile de la Cour de cassation depuis un arrêt du 9 novembre 2016²⁵⁷. Le récent rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation propose d'aller plus loin en adoptant une « doctrine de la proportionnalité ». Ainsi, « pour tous les arrêts aux termes desquels est mis en œuvre un contrôle de proportionnalité », il faudrait appliquer une « note méthodologique » intégrée au rapport et « harmoniser les pratiques des chambres quant à l'exercice de ce contrôle, tant sur la méthode que sur le fond, afin de dégager progressivement une “doctrine de la proportionnalité” de la Cour de cassation »²⁵⁸. La note méthodologique consiste en une reprise des indications formulées par M. Potocki, juge français à la Cour européenne des droits de l'homme, lors d'une réunion avec un groupe de travail à la Cour de cassation. Le rapport incite clairement la Cour de cassation à un alignement sur la méthodologie de la Cour européenne, qui s'organise autour de cinq questions²⁵⁹. La nécessité d'une harmonisation de la motivation est donc partagée par le groupe de réflexion de la Cour de cassation, bien que certaines assimilations soient regrettables comme cela a été souligné à plusieurs reprises dans la présente étude. Ainsi, le rapport évoque la méthodologie du contrôle de proportionnalité en général, qui est confondu avec le contrôle de conventionnalité, et seul le droit de la Convention européenne des droits de l'homme est

²⁵⁷ Civ. 1re, 9 nov. 2016, n° 15-25.068.

²⁵⁸ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, *op. cit.* p. 170.

²⁵⁹ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, p. 160, disponible sur www.courdecassation.fr « 1. Le droit invoqué est-il applicable ? [L'atteinte alléguée entre-t-elle bien dans le champ des droits protégés par la Convention] (...) 2. La mesure contestée constitue-t-elle une ingérence dans ce droit ? (...) 3. Cette ingérence a-t-elle une base légale claire et accessible en droit interne ? (...) 4. Le but poursuivi est-il « légitime » ? 5. L'ingérence est-elle un moyen proportionné (« nécessaire dans une société démocratique ») pour parvenir à ce but ? ».

envisagé²⁶⁰ alors que le contrôle de conventionnalité concerne l'ensemble des normes internationales et européennes invocables en justice. De plus, la perception globale du contrôle de proportionnalité semble indiquer que l'objet du contrôle est indifférent. Que ce soit la loi, un contrat, une décision des juges du fond, le contrôle exercé aspirerait à être identique. Si cette option se confirme, ce serait un pas de plus vers la banalisation de la loi au profit de la garantie des droits et libertés des justiciables.

L'harmonisation de la motivation du contrôle concret de conventionnalité ne s'arrête pas aux portes de la Cour de cassation. Un socle de principes communs devrait être partagé entre la Cour de cassation et les juges du fond, comme entre les juges du fond eux-mêmes, qui devront éventuellement s'approprier la méthodologie préconisée par le rapport de la Cour de cassation. Il n'est pas certain par ailleurs que la juridiction administrative et la juridiction judiciaire suivent exactement les mêmes principes dans la mise en œuvre du contrôle concret de conventionnalité des lois. Un alignement pur et simple n'est pas envisageable en raison des spécificités des offices et, dans une moindre mesure, des techniques distinctes de rédaction des décisions. À plus forte raison, le Conseil constitutionnel n'adoptera pas la même motivation que les juridictions judiciaires et administratives, même si à terme la question de l'harmonisation du mode d'emploi du contrôle de proportionnalité, au sens strict cette fois, se posera au regard des exigences de la jurisprudence européenne. Au sein de la juridiction administrative, la problématique est

²⁶⁰ Le rapport présente brièvement le contrôle opéré par la CJUE et envisage d'approfondir la question de la similitude de méthode avec celle employée par la CEDH (p. 161).

pour l'instant virtuelle s'agissant du Conseil d'État dès lors que les suites de la jurisprudence *Gonzalez-Gomez* se font attendre. Cependant, en dépit de la précision de la motivation adoptée dans cet arrêt du 31 mai 2016, des tribunaux administratifs se sont livrés à des appréciations diverses lors de contrôles concrets dans des affaires mettant en cause la même disposition législative²⁶¹.

En second lieu, la clarification et la rationalisation du contrôle concret supposent d'aborder la question du précédent²⁶². En ajoutant la possibilité pour le juge de la conventionnalité de décider que la mise en œuvre particulière d'une loi est contraire à un traité, le contrôle concret crée un précédent d'une nature distincte de l'exercice du contrôle abstrait. Ce dernier pouvait être doté d'une certaine autorité : dès lors qu'un juge considérait qu'une disposition législative était abstraitement conforme à la Convention européenne des droits de l'homme par exemple, il était difficile pour un autre juge d'affirmer le contraire. Désormais, le contrôle concret suppose un travail de rapprochement des espèces bien plus précis et conséquent que dans le cadre du contrôle abstrait²⁶³. La référence au précédent devrait donc s'intensifier, toute la question étant de savoir si cela impliquera un affichage formel et explicite ou si les juges se contenteront de s'inspirer de précédents sans les évoquer.

²⁶¹ V., J. Prévost-Gella, « Contrôle abstrait et contrôle concret : une confrontation à l'application de la jurisprudence *Gonzalez Gomez* », *infra*.

²⁶² Sur la notion de précédent, v. notamment, N. Molfessis, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », RTD. civ. 2003. 567 ; P. Malaurie, « Les précédents et le droit », RIDC, no 2, 2006, p. 319 ; P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherches sur les travaux préparatoires des arrêts*, Coll. « Méthodes du droit », Dalloz, 2013 ; C. Richaud, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Institut Universitaire Varenne, 2016.

²⁶³ En ce sens, L. Dutheil de Lamothe, G. Odinet, « Contrôle de conventionnalité : in concreto veritas ? », *op. cit.*

Les changements récents qui ont affecté la motivation des arrêts des cours suprêmes constituent un contexte favorable à l'explicitation formelle des précédents. La Cour de cassation cite depuis peu ses propres arrêts, notamment pour justifier un revirement de jurisprudence²⁶⁴ ou pour motiver un avis²⁶⁵. Le rapport de la Commission de réflexion propose de confirmer et même d'intensifier cette évolution en mentionnant « les précédents chaque fois que cela apparaît nécessaire, notamment en cas de revirement de jurisprudence ou de non-respect par la cour d'appel d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation »²⁶⁶. Le Conseil d'État a également intégré à sa motivation les précédents dont il fait application²⁶⁷. Bien que le Conseil constitutionnel persiste à ne pas citer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la culture du précédent a également franchi un cap dans l'exercice de son office. La référence à l'interprétation constante et aux arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation s'est banalisée. Ses propres précédents, le Conseil constitutionnel les évoque de plus en plus, que ce soit afin d'évaluer une éventuelle violation de l'article 62 de la Constitution²⁶⁸ ou à l'occasion de la

²⁶⁴ Civ. 1re, 6 avr. 2016, no 15-10.552 ; Com., 15 nov. 2016, no 14-26.287 ; Com., 22 mars 2016, no 14-14.218 ; Cass., ch. mixte, 10 févr. 2017, no 15-20.411.

²⁶⁵ Crim., 26 mai 2017, n° 17-70.006, D. 2017. 1192.

²⁶⁶ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, p. 154, disponible sur www.courdecassation.fr.

²⁶⁷ Rapport du comité de pilotage de la réforme, Conseil d'État, janv. 2014.

²⁶⁸ V. la contribution au présent dossier de M. Haulbert.

reprise, dans le dispositif d'une décision, d'une réserve d'interprétation émise dans une autre décision²⁶⁹.

Dans une démarche prospective, la clarification et la rationalisation du contrôle concret pourraient se réaliser en intégrant la proposition doctrinale de la règle du précédent équivalent et du principe de faveur²⁷⁰. Pour s'en tenir à l'essentiel, ce nouveau mode d'articulation inclut mais dépasse le mouvement de concrétisation en ce qu'il concernerait l'ensemble des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité de la loi exercés sur le plan interne par le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation. La proposition part du constat selon lequel les rapports entre ces contrôles ne peuvent se concevoir en termes hiérarchiques et chaque contrôle recèle une part de spécificité. Le justiciable peine donc à s'orienter dans un système particulièrement complexe, régulé de manière diplomatique et secrète sans que les juges expriment clairement un mode de régulation des contrôles entre eux. L'objectif de cette démarche prospective consiste donc à privilégier l'intérêt des justiciables en tentant d'éclaircir l'articulation entre les offices des juges de la loi tout en optimisant le niveau de garantie des droits et libertés.

Une nouvelle pédagogie juridictionnelle, susceptible d'être acceptable par l'ensemble des acteurs concernés, serait fondée sur la règle du précédent équivalent,

²⁶⁹ Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-556 QPC ; Cons. const., 7 juill. 2017, n° 2017-642 QPC.

²⁷⁰ J. Bonnet, A. Roblot-Troizier, « Repenser le “bloc de constitutionnalité” sous l'effet des rapports entre ordres juridiques : pour une redéfinition des sources de la constitutionnalité » in B. Bonnet (dir.), Les rapports entre ordres juridiques. Bilan, enjeux, perspectives, LGDJ, 2016, p. 409.

l'équivalence étant appréciée sous deux aspects : l'objet du contrôle et la norme de référence du contrôle.

Lorsqu'un juge doit apprécier la conformité de la loi au regard du traité ou de la Constitution, il devrait évaluer si un autre juge s'est prononcé sur un même objet, à savoir une norme législative équivalente. Ce qui suppose une comparaison avec des précédents jurisprudentiels dans lesquels le texte législatif et son interprétation sont contestés : au-delà des mots de la loi, c'est bien l'équivalence de la norme législative qui doit être évaluée. De plus, l'équivalence de l'objet contrôlé supposerait dans le cadre du contrôle concret une comparaison des circonstances du litige. Le travail juridictionnel sera assurément peu commode à exercer dans certains cas, mais si la logique de la proposition est d'inciter les juges à motiver davantage, il est possible de parier sur les vertus d'une comparaison facilitée par une motivation enrichie.

Le juge chargé de contrôler une loi apprécierait ensuite l'équivalence de la norme de référence du contrôle. En présence de normes de référence équivalentes, et donc d'un objet contrôlé équivalent, le deuxième juge ne pourrait, par principe, déjuger le premier en application de la règle du précédent équivalent. L'ensemble des juges internes de la loi serait astreint au respect de cette règle, que ce soit en constitutionnalité ou en conventionnalité et quel que soit l'ordre chronologique d'exercice des contrôles. Cependant, contrairement à une idée reçue mais qui tend heureusement à disparaître, les normes de référence des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité ne sont pas toujours identiques : elles sont tantôt équivalentes, tantôt spécifiques, que ce soit au regard de leur proclamation formelle ou au regard de leur contenu matériel. Dans ces hypothèses, la règle du précédent équivalent ne s'appliquerait pas comme dans quelques exemples que l'on peut ranger rétrospectivement dans ce cas de figure. Ainsi lorsque la Cour de cassation écarte dans un arrêt du 5 avril 2013 l'application d'une disposition législative qui avait été validée par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle *a*

priori, aucune équivalence des normes de référence ne peut être relevée dès lors qu’était en cause la violation de l’accord euro-méditerranéen du 22 avril 2002 établissant une association entre la Communauté européenne, les États membres et l’Algérie²⁷¹. De même, il arrive que le Conseil constitutionnel se permette d’abroger pour inconstitutionnalité des dispositions déclarées conformes au traité, en raison de la spécificité de la garantie constitutionnelle des droits et libertés²⁷². Inversement, le Conseil constitutionnel peut déclarer une loi conforme à la Constitution tout en sachant pertinemment qu’elle est contraire à une directive européenne telle qu’interprétée par la Cour de justice de l’Union européenne²⁷³ ou que la mise en œuvre de la loi peut donner lieu à une violation concrète de la Convention européenne des droits de l’homme²⁷⁴.

²⁷¹ Cons. const., 15 déc. 2005, n° 2005-528 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006* ; Cass., ass. plén., 5 avr. 2013, n° 11-17.520.

²⁷² V. par ex., Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC ; Cons. const., 23 juill. 2010, n° 2010-15/23 QPC ; Cons. const., 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC ; Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-33 QPC ; Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-78 QPC.

²⁷³ Cons. const., 3 févr. 2012, n° 2011-217 QPC : le Conseil constitutionnel refuse de censurer en QPC une disposition législative dont il connaissait l’inconventionnalité à la lumière de l’arrêt *Achughbabian* de la CJUE, à savoir une violation de la directive « retour » (CJUE, 6 déc. 2011, aff. C-329/11, *Achughbabian c/ Préfet du Val-de-Marne*, AJDA 2011. 2384 ; *ibid.* 2012. 306, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2012. 333, et les obs., note G. Poissonnier ; *ibid.* 390, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; *ibid.* 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RFDA 2012. 377, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; Constitutions 2012. 63, obs. A. Levade ; Rev. crit. DIP 2013. 117, note K. Parrot). La Cour de cassation écarte l’application de ce même texte dans un arrêt du 5 juill. 2012 (Civ. 1re, 5 juill. 2012, n° 11-30.371 . V. S. Slama, « Confirmation de l’impossibilité de placement en garde à vue d’un ressortissant d’un pays tiers sur le seul fondement de son séjour irrégulier sans épuisement des mécanismes coercitifs de la directive », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 14 juill. 2012).

²⁷⁴ Comp. CEDH, 16 juin 2011, n° 19535/08, *Pascaud c/ France*, préc., et Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, *M. Louis C. et autres*

En cas de double équivalence, de l'objet du contrôle et de la norme de référence du contrôle, les juges de la loi devraient suivre l'application de la règle du précédent équivalent, tout en pouvant s'en écarter s'ils choisissent d'accorder un niveau de protection plus favorable au justiciable. Il serait en effet contre-productif que les juges soient éternellement liés par un précédent équivalent, au nom d'une conception rigide et absolue de la sécurité juridique. Au terme d'une motivation particulière- ment enrichie qui justifierait la dérogation au précédent équiva- lent, le principe de faveur permettrait au juge de la loi de rompre la discipline jurisprudentielle au profit d'un niveau supplémen- taire de garantie des droits et libertés.

L'intérêt de la consécration de la règle du précédent équiva- lent, corrigée si besoin par le principe de faveur, serait d'inciter les juges à rendre davantage lisibles et cohérents les contrôles de la loi, à expliciter précisément leur motivation afin de privilégier la pédagogie et l'ouverture, plutôt que de rester dans le secret ou l'implicite. Évidemment, cette proposition ne serait qu'un mode d'emploi suivi par les juges sans être une norme sanctionnable. Il ne s'agit pas non plus de prétendre à la solution de l'intégralité des difficultés, mais simplement d'introduire un supplément de cohérence et de prévisibilité dans un système qui en manque, particulièrement depuis l'émergence de la concrétisation des contrôles de la loi, et ce à travers une solution pragmatique, acceptable par l'ensemble des juges. Les conflits entre les juges ne seraient pas non plus exclus, ils sont d'ailleurs inhérents à tout système juridique, notamment lorsqu'existent plusieurs ordres juridictionnels, mais ils seraient assumés en tant que tels et moti- vés en conséquence de la même manière que la Cour de cassation assume désormais les raisons pour lesquelles elle procède à un revirement de jurisprudence.

4. CONCLUSION

En guise de conclusion, nécessairement provisoire sur un tel sujet, il est tentant de replacer le mouvement de concrétisation dans un ensemble plus vaste qui intègre l'ensemble des transformations récentes de l'office des juges français de la loi. Si une image unique devait résumer ces transformations, ce serait celle d'un « tournant contextuel » qui inclurait le « contrôle contextuel » de la loi par les juges et la « contextualisation » du contrôle de la loi par la doctrine.

Le « contrôle contextuel » de la loi signifie que les juges de la loi expriment de plus en plus les éléments de contexte à l'origine de leurs décisions, soit dans la motivation même de la décision soit dans les documents qui l'accompagnent. En pratique, ces éléments ont toujours été intégrés au processus décisionnel des juges ; la nouveauté réside dans le fait d'exprimer davantage qu'auparavant la présence de ces éléments. Entrent ainsi dans cette logique par exemple la motivation enrichie des décisions, la prise en compte des faits généraux et des faits de l'espèce, la référence expresse aux précédents de la juridiction appelée à trancher le litige, mais surtout des précédents d'autres juridictions, le commentaire officiel des décisions du Conseil constitutionnel dont la rédaction est désormais légèrement plus explicite²⁷⁵, les communiqués de presse et notes explicatives des arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation... Signe d'une emprise inédite des éléments factuels et plus largement du contexte, le rapport récent de la Cour de cassation s'interroge sur la possibilité de réaliser des études d'impact sur la mise en œuvre de la loi et les conséquences de ses décisions, au besoin en recourant à des expertises

²⁷⁵ Cons. const., 10 mai 2016, n° 2016-539 QPC.

externes²⁷⁶. Prises dans une course à la transparence et à l'explicitation de leurs actions, les institutions juridictionnelles démultiplient les supports d'information, rendent accessible l'inaccessible, à l'image de la connaissance progressive des délibérations du Conseil constitutionnel²⁷⁷.

Parallèlement, la « contextualisation du contrôle de la loi » renvoie à l'intensification du travail doctrinal d'identification des éléments du contexte qui alimentent les décisions des juges. Au-delà des travaux connus de tous en théorie du droit²⁷⁸, de nombreuses études contentieuses intègrent désormais des éléments de ce contexte à l'objet de leur recherche. À titre d'illustration récente et non exhaustive, l'étude du contrôle de constitutionnalité des lois est désormais mise en tension avec les conséquences des décisions²⁷⁹, les précédents²⁸⁰, l'argument de droit comparé²⁸¹,

²⁷⁶ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, avr. 2017, disponible sur www.courdecassation.fr, v. la proposition no 21 : « favoriser la réalisation de toute consultation externe ou d'étude d'impact (étude d'incidence) par les avocats généraux, d'initiative, sur suggestion du rapporteur ou dans le cadre de l'instruction préparatoire du dossier, documents qui seront versés au dossier s'il y est fait référence dans leurs avis. ». V. égal., SDER, « Tableau des affaires ayant donné lieu à une étude d'impact ou qui auraient pu donner lieu à une étude d'impact », déc. 2015.

²⁷⁷ B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanien, D. Rousseau, X. Philippe (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1986*, 2e éd., Dalloz, 2014.

²⁷⁸ V. notamment, M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, La pensée juridique, 2005.

²⁷⁹ S. Salles, *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2016.

²⁸⁰ C. Richaud, *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*

²⁸¹ A. Le Quinio, *Recherche sur la circulation des solutions juridiques : l'accours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, LGDJ, 2011.

l'économie²⁸², les sciences médicales²⁸³ ou le numérique²⁸⁴. Des études doctrinales s'intéressent également aux travaux préparatoires des arrêts²⁸⁵, aux discours produits par le juge en dehors du champ strict de la chose jugée, comme la chose interprétée²⁸⁶ ou les *obiter dicta*²⁸⁷.

En replaçant ainsi le contrôle de la loi, et plus largement le processus juridictionnel, dans une démarche de contextualisation, les implications sont nombreuses. Sur le plan épistémologique, c'est la définition même du droit qui est questionnée²⁸⁸. Une telle démarche implique également l'ouverture au droit comparé et aux doctrines étrangères²⁸⁹ afin de comprendre les enjeux et les incidences d'un mouvement qui bouscule les traditions et la culture juridique française structurées autour du texte,

²⁸² M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, Dalloz, 2015 ; Dossier « Constitution et sciences économiques », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2017-1, vol. 78, p. 55 s.

²⁸³ Dossier « Sciences médicales et droit constitutionnel », in *Médecine et droit*, n° 141, 2016.

²⁸⁴ V. les nombreux travaux sur « Le droit constitutionnel à l'épreuve du numérique » réalisés en 2016 dans le cadre de l'Association française de droit constitutionnel, www.droitconstitutionnel.org.

²⁸⁵ P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, Méthodes du droit, 2013.

²⁸⁶ M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2010.

²⁸⁷ M. Lannoy, *Les obiter dicta du Conseil d'État statuant au contentieux*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2016.

²⁸⁸ « Le droit en contexte », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/1, vol. 70.

²⁸⁹ F. Hourquebie et M.-C. Ponthoreau (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruylant, 2012 ; Dossier « La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers », *Nouv. Cah. Cons. const.*, no 56-57, 2017, p. 6 s.

éventuellement de la norme, avec une brièveté des décisions de justice qui exprimait une certaine conception de la fonction juridictionnelle²⁹⁰. Évidemment la mise à nu du raisonnement des juges crée le risque de la perte d'autorité de leurs décisions, du vertige face à la multitude des espèces et du caractère insaisissable des faits et éléments de contexte que chacun cherche désormais à saisir et à exprimer. L'équilibre devra être trouvé entre l'ancien monde où tout se taisait et le nouveau où tout devrait se dire. Le défi est de taille pour les juges dont la légitimité est autant décriée que leur pouvoir augmente. Car il s'agit bien en définitive d'un débat sur la place et la fonction du juge dans une société donnée²⁹¹. En concrétisant leur office de juge de la loi, en adoptant un « tournant contextuel », les juges ne sont-ils pas sur le point d'assumer ce qu'ils ont probablement toujours été, un véritable pouvoir ? En même temps, ce pouvoir ne pouvant s'exercer sans contrainte, il se doit d'être juste, cohérent et le plus explicite possible sur les modalités de son action afin d'évaluer son éventuelle responsabilité. C'est en ce sens que la question de la motivation est essentielle et que la prise en compte des faits dans le cadre des contrôles concrets de la loi ne peut s'effectuer à l'abri de tout regard.

²⁹⁰ F. Malhière, La brièveté des décisions de justice ; contribution à l'étude des représentations de la justice, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2013 ; S. Caudal (dir.), La motivation en droit public, Dalloz, 2013 ; C. Jamin, « Juger et motiver. Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux », RTD civ. 2015. 263.

²⁹¹ C. Jamin, P. Jestaz, J.-P. Marguenaud, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014. 2061 ; « Une juridiction démocratique est celle qui tient sa légitimité moins du statut institutionnel de ses juges (le concours) que de la motivation de ses décisions, celle-ci devant être à la fois remise sur le métier à intervalles réguliers et exprimée en des termes accessibles au plus vaste auditoire possible, afin d'autoriser un éventuel débat public. En définitive, en tenant mieux compte des faits, la Cour de cassation a des chances de se démocratiser ».