



DROIT ADMINISTRATIF

DOSSIER D'ACTUALISATION (Tome 1)

M. Roussel

Table des matières

<u>PARTIE 1 : LES FONDEMENTS DU DROIT ADMINISTRATIF</u>	<u>3</u>
ORDONNANCE, RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR ET QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE.....	3
CE, 16 DECEMBRE 2020, N°440258, 440289, 440457.....	22
LE CONSEIL D'ÉTAT, JUGE CONSTITUTIONNEL EUROPEEN.....	33
<u>PARTIE 2 : L'ORGANISATION ADMINISTRATIVE.....</u>	<u>67</u>
LA REFORME DE L'ORGANISATION TERRITORIALE DE L'ÉTAT	67
LOI NOTRE : LES ILLUSIONS PERDUES	82
<u>PARTIE 3 : LES FINS DE L'ACTION ADMINISTRATIVE</u>	<u>84</u>
A. LE SERVICE PUBLIC	84
CE, 12 FEVRIER 2020, N°418299	84
CE, 11 DECEMBRE 2020, COMMUNE DE CHALONS SUR SAONE, N°426483	91
CE, REFERE, 22 FEVRIER 2020, SYNDICAT JEUNES MEDECINS, N°439674.....	97
B. LA POLICE.....	103
CONSEIL D'ÉTAT, JUGE DES REFERES, 17 AVRIL 2020, COMMUNE DE SCEAUX, N°440057	103
L'OBJECTIF DE RENFORCEMENT DU POUVOIR DE POLICE DU MAIRE : QUELLE EFFECTIVITE ?.....	118
<u>PARTIE 4 : LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE</u>	<u>139</u>
POUR UNE NORMALISATION DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES SPECIALISEES	139
<u>PARTIE 5 : LA RESPONSABILITE ADMINISTRATIVE</u>	<u>168</u>
LA RESPONSABILITE SANS FAUTE.....	168
CE, ASSEMBLEE, 24 DECEMBRE 2019, SOCIETE PARIS EIFFEL.....	168
LA RESPONSABILITE POUR FAUTE	188
CONSEIL D'ÉTAT, 16 NOVEMBRE 2020, N°431159.....	188

PARTIE 1 : LES FONDEMENTS DU DROIT ADMINISTRATIF

ORDONNANCE, RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR ET QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

Droit Administratif n° 11, Novembre 2020, comm. 48

Les ordonnances de l'article 38 entre l'expiration du délai d'habilitation et la ratification législative... des « dispositions législatives » dépourvues de valeur législative

Commentaire par Gweltaz EVEILLARD professeur à la faculté de droit et de science politique de Rennes - Institut du droit public et de la science politique

Solution. – Le Conseil constitutionnel estime désormais que les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité dès la fin du délai d'habilitation accordé au Gouvernement par le législateur. Cela n'en fait pas pour autant des actes de valeur législative, tant qu'elles n'ont pas été ratifiées.

Impact. – Ce revirement de jurisprudence, qui dessaisit le juge administratif d'une partie du contentieux des ordonnances non ratifiées, est de nature à complexifier le régime contentieux de ces actes.

Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC, Assoc. Force 5 : [JurisData n° 2020-008081](#)

[...] Le Conseil constitutionnel a été saisi le 5 mars 2020 par le [Conseil d'État \(décision n° 434742 du 4 mars 2020\)](#) [...] d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour l'association Force 5 [...]. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2020-843 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'[ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011](#) portant codification de la partie législative du Code de l'énergie.

Au vu des textes suivants : la Constitution ; l'[ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958](#) portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; le Code de l'énergie ; le Code de l'environnement ; l'[ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011](#) portant codification de la partie législative du Code de l'énergie, ratifiée par l'[article 38 de la loi n° 2013-619 du 16 juillet 2013](#) portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable ; la [loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012](#) relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement ; l'[ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013](#) relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement ; la [décision du](#)

Conseil d'État n° 412493 du 25 février 2019 ; le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce qui suit :

1. L'article L. 311-5 du Code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 9 mai 2011 mentionnée ci-dessus, prévoit : « *L'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité est délivrée par l'autorité administrative en tenant compte des critères suivants : 1° La sécurité et la sûreté des réseaux publics d'électricité, des installations et des équipements associés ; 2° Le choix des sites, l'occupation des sols et l'utilisation du domaine public ; 3° L'efficacité énergétique ; 4° Les capacités techniques, économiques et financières du candidat ou du demandeur ; 5° La compatibilité avec les principes et les missions de service public, notamment avec les objectifs de programmation pluriannuelle des investissements et la protection de l'environnement ; 6° Le respect de la législation sociale en vigueur. / L'autorisation est nominative et incessible. En cas de changement d'exploitant, l'autorisation ne peut être transférée au nouvel exploitant que par décision de l'autorité administrative* ».

2. L'association requérante soutient que la décision administrative autorisant l'exploitation d'une installation de production d'électricité a une incidence directe et significative sur l'environnement. Dès lors, en ne prévoyant aucun dispositif permettant la participation du public à l'élaboration de cette décision, le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence et l'article 7 de la Charte de l'environnement.

3. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots « *par l'autorité administrative* » figurant au premier alinéa de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie.

Sur le fond :

4. La méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit.

5. Selon l'article 7 de la Charte de l'environnement : « *Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ». Depuis l'entrée en vigueur de cette Charte, il incombe au législateur et, dans le cadre défini par la loi, aux autorités administratives de déterminer, dans le respect des principes ainsi énoncés, les modalités de la mise en œuvre de ces dispositions.

6. Selon l'article L. 311-1 du Code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 9 mai 2011, l'exploitation d'une installation de production électrique est subordonnée à une autorisation administrative délivrée, selon la procédure prévue aux articles L. 311-5 et L. 311-6 du même code, à l'opérateur qui en fait la demande ou qui est désigné au terme d'un appel d'offres en application de l'article L. 311-10.

En ce qui concerne l'incidence sur l'environnement de la décision autorisant l'exploitation d'une installation de production d'électricité :

7. Aux termes de l'article L. 311-5, lorsqu'elle se prononce sur l'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité, l'autorité administrative tient compte, notamment, du « *choix des sites* » d'implantation de l'installation, des conséquences sur l'« *occupation des sols* » et sur l'« *utilisation du domaine public* », de l'« *efficacité énergétique* » de l'installation et de la compatibilité du projet avec « *la protection de l'environnement* ». Selon la jurisprudence constante du Conseil d'État, l'autorisation administrative ainsi délivrée désigne non seulement le titulaire de cette autorisation mais également le mode de production et la capacité autorisée ainsi que le lieu d'implantation de l'installation.

8. Il résulte de ce qui précède que la décision autorisant, sur le fondement de l'article L. 311-5, l'exploitation d'une installation de production d'électricité constitue une décision publique ayant une incidence sur l'environnement au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement. Est indifférente à cet égard la circonstance que l'implantation effective de l'installation puisse nécessiter l'adoption d'autres décisions administratives postérieurement à la délivrance de l'autorisation.

En ce qui concerne la participation du public à l'élaboration de la décision autorisant l'exploitation d'une installation de production d'électricité :

9. En premier lieu, avant l'ordonnance du 5 août 2013 mentionnée ci-dessus, aucune disposition n'assurait la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration des décisions publiques prévues à l'article L. 311-5 du Code de l'énergie. S'il est loisible au législateur, compétent pour fixer les conditions et limites de l'exercice du droit protégé par l'article 7 de la Charte de l'environnement, de prévoir des modalités particulières de participation du public lorsqu'une même opération fait l'objet de décisions publiques successives, c'est à la condition que ces modalités garantissent une appréciation complète des incidences directes et significatives de ces décisions sur l'environnement. Or, en l'espèce, ni les dispositions contestées ni aucune autre disposition législative ne prévoyaient un tel dispositif. Par conséquent, le législateur a méconnu, pendant cette période, les exigences de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

10. En second lieu, l'ordonnance du 5 août 2013, prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution à la suite de l'habilitation conférée au Gouvernement par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012 mentionnée ci-dessus, a inséré dans le Code de l'environnement l'article L. 120-1-1, entré en vigueur le 1er septembre 2013. Applicable aux décisions individuelles des autorités publiques ayant une incidence sur l'environnement qui n'appartiennent pas à une catégorie de décisions pour lesquelles des dispositions législatives particulières ont prévu une participation du public, cet article L. 120-1-1 prévoit la mise à disposition du public par voie électronique du projet de décision ou, lorsque la décision est prise sur demande, du dossier de demande. Il permet ensuite au public de déposer ses observations, par voie électronique, dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la mise à disposition.

11. D'une part, cet article L. 120-1-1 institue une procédure qui répond aux exigences d'accès du public aux informations relatives à l'environnement et de participation à l'élaboration des décisions publiques prévues à l'article 7 de la Charte de l'environnement. D'autre part, si un projet de loi de ratification de l'ordonnance du 5 août 2013 a été déposé dans le délai fixé par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012, le Parlement ne s'est pas prononcé sur cette ratification. Toutefois, conformément au dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixé par le même article 12, c'est-à-dire à partir du 1er septembre 2013, les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que

par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Dès lors, à compter de cette date, elles doivent être regardées comme des dispositions législatives. Ainsi, les conditions et les limites de la procédure de participation du public prévue à l'article L. 120-1-1 sont « *définies par la loi* » au sens de l'article 7 de la Charte de l'environnement.

12. Par conséquent, à partir du 1er septembre 2013, les dispositions contestées de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie ne méconnaissaient plus cet article 7. Elles n'étaient, par ailleurs, contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit.

13. Il résulte de tout ce qui précède que ces dispositions, dans leur rédaction contestée, applicable du 1er juin 2011 au 18 août 2015, doivent être déclarées contraires à la Constitution jusqu'au 31 août 2013 et conformes à la Constitution à compter du 1er septembre 2013.

Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité :

14. Selon le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration. Ces mêmes dispositions réservent également au Conseil constitutionnel le pouvoir de s'opposer à l'engagement de la responsabilité de l'État du fait des dispositions déclarées inconstitutionnelles ou d'en déterminer les conditions ou limites particulières.

15. En premier lieu, les dispositions déclarées contraires à la Constitution, dans leur rédaction contestée issue de l'ordonnance du 9 mai 2011, ne sont plus en vigueur.

16. En second lieu, la remise en cause des mesures ayant été prises avant le 1er septembre 2013 sur le fondement des dispositions déclarées contraires à la Constitution avant cette date aurait des conséquences manifestement excessives. Par suite, ces mesures ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité.

Le Conseil constitutionnel décide : Article 1er : Les mots « *par l'autorité administrative* » figurant au premier alinéa de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du Code de l'énergie, étaient contraires à la Constitution jusqu'au 31 août 2013. Article 2 : Les mots « *par l'autorité administrative* » figurant au premier alinéa de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie, dans la même rédaction, sont conformes à la Constitution à compter du 1er septembre 2013. Article 3 : La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet dans les conditions fixées aux paragraphes 15 et 16 de cette décision. [...]

Cons. const., 3 juill. 2020, n° 2020-851/852 QPC, Aït Oufella et Herif : JurisData n° 2020-010001

[...] Le Conseil constitutionnel a été saisi le 27 mai 2020 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêts n° 971 et 973 du 26 mai 2020) [...] de deux questions prioritaires de constitutionnalité. Ces questions ont été respectivement posées pour MM. Aït Oufella et Herif [...]. Elles ont été enregistrées au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous les n° 2020-851 QPC et 2020-852 QPC. Elles sont relatives, pour la première, à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du 2° du paragraphe I de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 et, pour la seconde, à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du d de ce même 2°.

Au vu des textes suivants : la Constitution ; l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ; la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 ; le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ; [...]

Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce qui suit :

1. Il y a lieu de joindre les deux questions prioritaires de constitutionnalité pour y statuer par une seule décision.

2. Le paragraphe I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 mentionnée ci-dessus habilite le Gouvernement, sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, à prendre par ordonnance certaines mesures relevant du domaine de la loi. Le 2° prévoit qu'il peut prendre : « Afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, toute mesure : a) Adaptant les délais et procédures applicables au dépôt et au traitement des déclarations et demandes présentées aux autorités administratives, les délais et les modalités de consultation du public ou de toute instance ou autorité, préalables à la prise d'une décision par une autorité administrative et, le cas échéant, les délais dans lesquels cette décision peut ou doit être prise ou peut naître ainsi que les délais de réalisation par toute personne de contrôles, travaux et prescriptions de toute nature imposées par les lois et règlements, à moins que ceux-ci ne résultent d'une décision de justice ; b) Adaptant, interrompant, suspendant ou reportant le terme des délais prévus à peine de nullité, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, déchéance d'un droit, fin d'un agrément ou d'une autorisation ou cessation d'une mesure, à l'exception des mesures privatives de liberté et des sanctions. Ces mesures sont rendues applicables à compter du 12 mars 2020 et ne peuvent excéder de plus de trois mois la fin des mesures de police administrative prises par le Gouvernement pour ralentir la propagation de l'épidémie de Covid-19 ; c) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 parmi les personnes participant à la conduite et au déroulement des instances, les règles relatives à la compétence territoriale et aux formations de jugement des juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire ainsi que les règles relatives aux délais de procédure et de jugement, à la publicité des audiences et à leur tenue, au recours à la visioconférence devant ces juridictions et aux modalités de saisine de la juridiction et d'organisation du contradictoire devant les juridictions ; d) Adaptant, aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 parmi les personnes participant à ces procédures, les règles relatives au déroulement des gardes à vue, pour permettre l'intervention à distance de l'avocat et la prolongation de ces mesures pour au plus la durée légalement prévue sans présentation de la personne devant le magistrat compétent, et les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique, pour permettre l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement, pour

une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat ; e) Aménageant aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 parmi les personnes participant ou impliquées dans ces procédures, d'une part, les règles relatives à l'exécution et l'application des peines privatives de liberté pour assouplir les modalités d'affectation des détenus dans les établissements pénitentiaires ainsi que les modalités d'exécution des fins de peine et, d'autre part, les règles relatives à l'exécution des mesures de placement et autres mesures éducatives prises en application de l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante ; f) Simplifiant et adaptant les conditions dans lesquelles les assemblées et les organes dirigeants collégiaux des personnes morales de droit privé et autres entités se réunissent et délibèrent ainsi que les règles relatives aux assemblées générales ; g) Simplifiant, précisant et adaptant les règles relatives à l'établissement, l'arrêté, l'audit, la revue, l'approbation et la publication des comptes et des autres documents que les personnes morales de droit privé et autres entités sont tenues de déposer ou de publier, notamment celles relatives aux délais, ainsi qu'adaptant les règles relatives à l'affectation des bénéficiaires et au paiement des dividendes ; h) Adaptant les dispositions relatives à l'organisation de la Banque publique d'investissement créée par l'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la Banque publique d'investissement afin de renforcer sa capacité à accorder des garanties ; i) Simplifiant et adaptant le droit applicable au fonctionnement des établissements publics et des instances collégiales administratives, y compris les organes dirigeants des autorités administratives ou publiques indépendantes, notamment les règles relatives à la tenue des réunions dématérialisées ou le recours à la visioconférence ; j) Adaptant le droit de la copropriété des immeubles bâtis pour tenir compte, notamment pour la désignation des syndics, de l'impossibilité ou des difficultés de réunion des assemblées générales de copropriétaires ; k) Dérogeant aux dispositions du chapitre III du titre II du livre VII du Code rural et de la pêche maritime afin de proroger, pour une période n'allant pas au-delà du 31 décembre 2020, la durée des mandats des membres du conseil d'administration des caisses départementales de mutualité sociale agricole, des caisses pluridépartementales de mutualité sociale agricole et du conseil central d'administration de la mutualité sociale agricole ; l) Permettant aux autorités compétentes pour la détermination des modalités d'accès aux formations de l'enseignement supérieur, des modalités de délivrance des diplômes de l'enseignement supérieur ou des modalités de déroulement des concours ou examens d'accès à la fonction publique d'apporter à ces modalités toutes les modifications nécessaires pour garantir la continuité de leur mise en œuvre, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats ; m) Permettant aux autorités compétentes de prendre toutes mesures relevant du Code de la santé publique et du Code de la recherche afin, dans le respect des meilleures pratiques médicales et de la sécurité des personnes, de simplifier et d'accélérer la recherche fondamentale et clinique visant à lutter contre l'épidémie de Covid-19 ».

3. Les requérants, rejoints par certaines parties intervenantes, soutiennent que ces dispositions méconnaîtraient les exigences découlant de l'article 66 de la Constitution ainsi que les droits de la défense en permettant aux ordonnances prises sur le fondement de cette loi d'habilitation de prévoir une prolongation automatique de tous les titres de détention provisoire venant à expiration durant la période d'état d'urgence sanitaire, sans que cette prolongation soit subordonnée à l'intervention d'un juge. Par ailleurs, un des requérants reproche au législateur de ne pas avoir suffisamment précisé, dans la loi d'habilitation, les conditions de cette prolongation automatique de la détention provisoire, ce qui serait constitutif d'une incompétence négative.

4. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots « des détentions provisoires » figurant au d du 2° du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020. [...]

Sur le fond :

En ce qui concerne le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur les textes adoptés sur le fondement de l'article 38 de la Constitution :

7. Aux termes de l'article 38 de la Constitution : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. / Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. / À l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

8. D'une part, si le premier alinéa de l'article 38 de la Constitution fait obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention, il n'impose pas au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il prendra en vertu de cette habilitation. Les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient, ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, méconnaître une règle ou un principe de valeur constitutionnelle. En outre, elles ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle.

9. Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Par conséquent, le Conseil constitutionnel ne saurait être saisi, sur le fondement de cet article 61-1, que de griefs tirés de ce que les dispositions d'une loi d'habilitation portent atteinte, par elles-mêmes ou par les conséquences qui en découlent nécessairement, aux droits et libertés que la Constitution garantit.

10. D'autre part, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi, sur le fondement de ce même article 61-1, que de dispositions législatives. Or, si le deuxième alinéa de l'article 38 de la Constitution prévoit que la procédure d'habilitation du Gouvernement à prendre des ordonnances se clôt, en principe, par leur soumission à la ratification expresse du Parlement, il dispose qu'elles entrent en vigueur dès leur publication. Par ailleurs, conformément à ce même alinéa, dès lors qu'un projet de loi de ratification a été déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation, les ordonnances demeurent en vigueur y compris si le Parlement ne s'est pas expressément prononcé sur leur ratification. Enfin, en vertu du dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixé par la loi, les dispositions d'une ordonnance prise sur son fondement ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif.

11. Si les dispositions d'une ordonnance acquièrent valeur législative à compter de sa signature lorsqu'elles ont été ratifiées par le législateur, elles doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité.

En ce qui concerne la constitutionnalité des dispositions contestées :

12. Aux termes de l'article 66 de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. / L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». La liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible.

13. Les dispositions contestées du d du 2° du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 habilitaient le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, des mesures adaptant les règles relatives au déroulement et à la durée des détentions provisoires aux seules fins de limiter la propagation de l'épidémie de Covid-19 pour permettre, d'une part, l'allongement des délais au cours de l'instruction et en matière d'audiencement, pour une durée proportionnée à celle de droit commun et ne pouvant excéder trois mois en matière délictuelle et six mois en appel ou en matière criminelle, et, d'autre part, la prolongation de ces mesures au vu des seules réquisitions écrites du parquet et des observations écrites de la personne et de son avocat.

14. Dès lors, les dispositions contestées n'excluent pas toute intervention d'un juge lors de la prolongation d'un titre de détention provisoire venant à expiration durant la période d'application de l'état d'urgence sanitaire. Elles ne portent donc atteinte ni par elles-mêmes, ni par les conséquences qui en découlent nécessairement, aux exigences de l'article 66 de la Constitution imposant l'intervention d'un juge dans le plus court délai possible en cas de privation de liberté. L'inconstitutionnalité alléguée par les requérants ne pourrait résulter que de l'ordonnance prise sur le fondement de ces dispositions.

15. Les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, notamment les exigences résultant de son article 66 s'agissant des modalités de l'intervention du juge judiciaire en cas de prolongation d'une mesure de détention provisoire.

16. Le grief tiré de la méconnaissance de ces exigences par la loi d'habilitation doit donc être écarté. Il en va de même du grief tiré de l'incompétence négative dirigé contre les dispositions contestées, qui est inopérant à l'égard d'une loi d'habilitation.

17. Les mots « des détentions provisoires » figurant au d du 2° du paragraphe I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020, qui ne méconnaissent pas non plus les droits de la défense ni aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarés conformes à la Constitution.

Le Conseil constitutionnel décide : [...]

Article 2 : Les mots « des détentions provisoires » figurant au d du 2 ° du paragraphe I de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 sont conformes à la Constitution. [...]

CE, 1er juill. 2020, n° 429132 , Conseil national de l'ordre des architectes : JurisData n° 2020-009474

[...] *Vu la procédure suivante :*

[...] Le conseil national de l'Ordre des architectes demande au Conseil d'État : 1°) d'annuler le I de l'article 2 de l'ordonnance n° 2019-36 du 23 janvier 2019 portant diverses adaptations et dérogations temporaires nécessaires à la réalisation en urgence des travaux requis par le rétablissement des contrôles à la frontière avec le Royaume-Uni en raison du retrait de cet État de l'Union européenne ; 2°) à titre subsidiaire, si ces dispositions n'étaient pas regardées comme divisibles des autres dispositions de l'ordonnance, d'annuler cette ordonnance dans son entier ; [...]

Vu : la Constitution, notamment son article 38 ; le Code de l'urbanisme ; le Code de l'environnement ; la loi n° 2019-30 du 19 janvier 2019 ; le Code de justice administrative et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ; [...]

Considérant ce qui suit :

1. L'article 3 de la loi du 19 janvier 2019 habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures de préparation au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne dispose que « *I. – Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnances les mesures relevant du domaine de la loi rendues nécessaires par le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, afin de prévoir le régime procédural simplifié et temporaire applicable aux travaux en vue de la construction ou de l'aménagement en urgence de locaux, installations ou infrastructures portuaires, ferroviaires, aéroportuaires et routiers requis par le rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni./ Les ordonnances prévues au présent article peuvent rendre applicables aux opérations mentionnées au premier alinéa du présent I directement liées à l'organisation de ces contrôles des adaptations ou des dérogations, y compris en matière d'aménagement, d'urbanisme, d'expropriation pour cause d'utilité publique, de préservation du patrimoine, de voirie et de transports, de domanialité publique, de commande publique, de règles applicables aux ports maritimes, de participation du public et d'évaluation environnementale, afin de les adapter à l'urgence de ces opérations* ».

2. Sur le fondement de cette habilitation législative, le Gouvernement a pris l'ordonnance du 23 janvier 2019 portant diverses adaptations et dérogations temporaires nécessaires à la réalisation en urgence des travaux requis par le rétablissement des contrôles à la frontière avec le Royaume-Uni en raison du retrait de cet État de l'Union européenne. Le Conseil national de l'Ordre des architectes demande l'annulation du I de l'article 2 selon lequel : « I. Les constructions, installations et aménagements directement liés au rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni en raison du retrait de cet État de l'Union européenne constituent des réalisations dispensées de toute formalité au titre du Code de l'urbanisme comme relevant du b de l'article L. 421-5 de ce code et sont soumis au régime applicable à celles-ci./ La durée d'implantation de ces constructions, installations et aménagements ne peut être supérieure à deux ans. La remise en état des sites est

réalisée dans un délai maximum de six mois à compter de la fin de leur utilisation ou de l'expiration de la durée de deux ans, sauf lorsque l'implantation pérenne de ces réalisations est autorisée avant l'expiration de ce délai dans les conditions de droit commun prévues par le Code de l'urbanisme ».

3. En premier lieu, il ressort de la copie de la minute de la section des travaux publics du Conseil d'État, telle qu'elle a été versée au dossier par le ministre de la transition écologique et solidaire, que le texte publié ne contient pas de dispositions qui différeraient à la fois du projet initial du Gouvernement et du texte adopté par le Conseil d'État. Le Conseil national de l'Ordre des architectes n'est, dès lors, pas fondé à soutenir que l'ordonnance attaquée aurait, pour ce motif, été prise à l'issue d'une procédure irrégulière.

4. En deuxième lieu, les dispositions litigieuses étendent aux constructions, installations et aménagements qu'elles mentionnent, le régime défini par les dispositions du b) de l'article L. 421-5 du Code de l'urbanisme qui prévoit, d'une part, une dispense de toute formalité au titre du Code de l'urbanisme et, d'autre part, en vertu de l'article L. 421-8 de ce code, applicable aux constructions, aménagements, installations et travaux mentionnés au b) de son article L. 421-5, l'inapplicabilité des dispositions de l'article L. 421-6 de ce code relatives à la conformité du permis de construire ou d'aménager aux règles de fond qu'elles édictent. L'ordonnance n'est applicable qu'aux constructions, installations et aménagements directement liés au rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni, pendant la durée précédant la date du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et, en application de l'article 7 de l'ordonnance, pendant les six mois suivant cette date. En outre, la durée d'implantation des constructions, installations et aménagements est limitée à deux ans, délai au terme duquel elles sont détruites ou sont soumises au droit commun applicable.

5. D'une part, il résulte des termes mêmes des dispositions rappelées ci-dessus de la loi du 19 janvier 2019 que le législateur a habilité le Gouvernement à définir un régime procédural simplifié et temporaire comportant notamment des dérogations en matière d'urbanisme. Il était ainsi loisible au Gouvernement, dans le choix des aménagements ou dérogations aux règles en principe applicables aux constructions, installations et aménagements en cause et énoncées au deuxième alinéa de l'article 3 de cette loi, de prévoir, s'agissant de l'urbanisme, une dispense totale.

6. D'autre part, contrairement à ce qui est soutenu, le législateur n'a pas entendu habiliter le Gouvernement à définir ce régime pour les seuls travaux réalisés en urgence mais pour l'ensemble des ouvrages ou aménagements requis par le rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni dans la perspective du retrait prochain de celui-ci de l'Union européenne. Par suite, en se bornant à limiter le champ d'application du régime simplifié aux constructions, dont il a défini la finalité, réalisées dans la perspective prochaine de ce retrait ou dans les six mois suivant celui-ci, le Gouvernement n'a pas méconnu l'habilitation.

7. Enfin, si le Conseil national de l'Ordre des architectes soutient qu'il était préférable d'organiser une procédure de demande d'urbanisme simplifiée ne dispensant pas le maître d'ouvrage du recours aux services d'un architecte, il n'établit pas, ce faisant, au regard des différentes caractéristiques du régime simplifié rappelées au point 5 et alors qu'il reste loisible aux maîtres d'ouvrage d'y faire appel, que le Gouvernement aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en adoptant ce régime.

8. Il résulte de tout ce qui précède que le Conseil national de l'Ordre des architectes n'est pas fondé à demander l'annulation du I de l'article 2 de l'ordonnance n° 2019-36 du 23 janvier 2019. [...]

DÉCIDE : Article 1er : La requête du Conseil national de l'Ordre des architectes est rejetée. [...]

Note :

C'est à un curieux épisode juridique qu'ont pu assister, à la fin du printemps et au début de l'été, ceux qui ont pu se laisser distraire des péripéties de l'état d'urgence sanitaire. Sans doute d'ailleurs présente-t-il d'ailleurs de plus fortes implications sur le long terme, et a-t-il pu donner l'impression du retour à une époque révolue, celle des conflits entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, qui plus est sur un sujet qui semblait réglé de longue date, celui du statut juridique des ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel avait en effet été saisi de deux questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ce sujet.

La première avait été posée dans le cadre du contentieux suscité par l'autorisation donnée par le ministre de l'Écologie à la société Direct énergie d'exploiter une centrale de production d'électricité de type « cycle combiné à gaz » à Landivisiau. L'Association Force 5 avait exercé un recours pour excès de pouvoir contre cette autorisation : déboutée par le tribunal administratif de Rennes, elle a, à l'occasion de l'appel qu'elle a formé de ce jugement devant la cour administrative de Nantes, déposé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité à l'article 7 de la Charte de l'environnement, et plus particulièrement au droit à la participation garanti par cet article, de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie, relatif aux autorisations d'exploitation d'installations de production d'électricité, en tant que cet article ne prévoit aucune procédure de participation du public nonobstant l'incidence directe et significative de ces autorisations sur l'environnement. La question a été transmise par la cour administrative d'appel au Conseil d'État, qui l'a jugée suffisamment sérieuse pour en saisir le Conseil constitutionnel. Cependant – et c'est ici que la problématique des ordonnances fait irruption dans le litige – une ordonnance du 5 août 2013, entrée en vigueur le 1er septembre suivant mais non ratifiée par le Parlement, est venue compléter cet article en instituant une procédure de participation codifiée à l'article L. 120-1-1 du Code de l'environnement.

La seconde question prioritaire de constitutionnalité – qui résulte en réalité de la jonction de deux questions identiques – avait été posée par deux personnes placées en détention provisoire. Celle-ci ayant été prolongée automatiquement, sans intervention d'un juge, par l'effet de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles de procédure pénale pour faire face à l'épidémie de Covid-19 (*JO 26 mars 2020*), ils avaient néanmoins saisi la juridiction pénale aux fins de levée de cette détention, mais celle-ci avait déclaré leurs requêtes sans objet, pour la raison qui vient d'être exposée. À l'occasion de leurs pourvois en cassation, les intéressés ont déposé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité, non pas de l'ordonnance elle-même, mais de l'article 11, I, 2° de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19 (*JO 24 mars 2020*) qui avait habilité le Gouvernement à l'adopter, à l'article 66 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a logiquement décidé de joindre les deux instances, qui donnaient à juger la même question de droit.

Quant au Conseil d'État, il avait été saisi par le Conseil national de l'ordre des architectes d'un recours pour excès de pouvoir contre une disposition de l'ordonnance du 23 janvier 2019, adoptée dans le cadre de la sortie de Royaume-Uni de l'Union européenne et relative à la réalisation en urgence des travaux requis par le rétablissement des contrôles à la frontière de ce pays. L'article contesté prévoyait diverses dérogations aux règles normales d'urbanisme et de construction, dont le requérant contestait – outre un vice de procédure – la conformité à la loi d'habilitation.

À vrai dire cependant, les problèmes de fond soulevés par les trois affaires apparaissaient tout à fait secondaires par rapport à celui qui transparaisait en filigrane : celui de la valeur des ordonnances de l'article 38, dont devait, en bonne logique, découler leur régime contentieux.

La position du Conseil constitutionnel dans l'affaire « Association Force 5 » a suscité la perplexité : en affirmant que les ordonnances peuvent, dès avant leur ratification, faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, il ne s'est pas contenté d'infirmer une position qui remontait à la mise en place de cette voie de droit, il a semblé remettre en cause une jurisprudence encore plus ancienne qui ne conférait à ces ordonnances qu'une simple valeur réglementaire. Tel n'est pourtant pas le cas : la réaffirmation par le Conseil d'État de sa compétence pour connaître d'un recours pour excès de pouvoir contre un tel acte n'apparaît pas réellement contre une rébellion contre le revirement opéré par le Conseil constitutionnel ; du moins, si rébellion il y a eu, elle a été très vite étouffée dans l'œuf par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision « Ait Oufella et Herif », a précisé qu'il n'entendait nullement remettre en cause la valeur réglementaire des ordonnances non ratifiées.

1. L'ordonnance de l'article 38, un acte susceptible de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité

Le statut contentieux des ordonnances de l'article 38 a été fixé par le Conseil d'État dès les premiers temps de la Ve République. Il est, comme c'est usuel, fondé sur la valeur juridique de ces ordonnances dans la hiérarchie des normes. En effet, la loi échappant à son contrôle, qui se limite aux actes administratifs, la question se résumait à celle de savoir si les ordonnances constituaient des actes législatifs ou des actes réglementaires – qualification qui, jusqu'à ce jour, déterminait aussi leur valeur, un acte législatif ayant, pour comble à M. de La Palice, valeur législative et un acte réglementaire valeur réglementaire.

L'article 38 de la Constitution n'a guère fourni d'indices au juge administratif suprême. Contrairement, par exemple, à l'article 92 de la Constitution, qui a prévu que les ordonnances adoptées par le Gouvernement pendant la période de mise en place des institutions de la Ve République ont « force de loi », ce dont le Conseil d'État a pu déduire qu'elles avaient valeur législative et échappaient à son contrôle (*CE, sect., 12 févr. 1960, Sté Eky : Lebon, p. 101 ; D. 1960, Jur., p. 264, note J. L'Huillier ; JCP G 1960, II, 11629 bis, note G. Vedel ; S. 1960, p. 131, concl. J. Kahn*), l'article 38 ne comporte aucune indication similaire.

Aussi le Conseil d'État a-t-il repris à leur propos sa jurisprudence relative aux décrets-lois des Républiques antérieures, dont il avait jugé que, bien que pris sur habilitation du législateur, ils n'étaient, puisqu'ils émanaient du pouvoir réglementaire, que des actes réglementaires relevant de la compétence contentieuse du juge administratif (*CE, ass., 25 juin 1937, Union des véhicules industriels : Lebon, p. 619 ; D. 1937, 3, p. 333, note L. Rolland ; RDP 1937, p. 501, concl. P. Renaudin, note G. Jèze ; S. 1937, 3, p. 397, note P. de F.R. – CE, ass., 15 juill. 1954, Sté des Éts Mulsant : Lebon, p. 481 ; AJDA 1954, II, p. 459, note M. Long*), seule leur

ratification par le législateur leur conférant une valeur législative (*CE, sect., 25 janv. 1957, Sté Établissements Charlionnais : Lebon, p. 54 ; RDP 1957, p. 1057, note M. Waline*). De même, les ordonnances de l'article 38, nonobstant la double circonstance, d'une part qu'elles résultent d'une habilitation législative, d'autre part qu'elles interviennent dans le domaine de la loi, sont bien des actes réglementaires dont le juge administratif peut connaître au contentieux (*CE, sect., 3 nov. 1961, Damiani : Lebon, p. 607. – CE, ass., 24 nov. 1961, Féd. nationale des syndicats de police : Lebon, p. 658 ; AJDA 1962, p. 144, note J.T. ; D. 1962, Jur., p. 424, note M. Fromont ; S. 1963, p. 59, note L. Hamon*). Seule leur ratification législative leur fait acquérir, à titre rétroactif, valeur législative (*CE, 8 déc. 2000, n° 212081, Hoffer et a. : Lebon, p. 585 ; AJDA 2000, p. 985, chron. M. Guyomar et P. Collin ; RFDA 2001, p. 454, concl. C. Maugué*), ce qui entraîne l'incompétence du juge administratif pour en connaître et le non-lieu si la ratification survient en cours d'instance (*CE, 8 déc. 2000, n° 212081, Hoffer et a., préc.*).

Cette solution confirme la priorité donnée par le juge administratif à la définition organique de la loi par rapport à sa définition matérielle : dans le silence des textes constitutionnels, un acte adopté par les autorités exécutives est un acte réglementaire, même s'il intervient en matière législative – seules les mesures prises en application de l'article 16 de la Constitution dérogeant à cette règle (*CE, ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens : Lebon, p. 143 ; AJDA 1962, p. 214, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot ; D. 1962, Jur., p. 109, note G. Morange ; RDP 1962, p. 294, concl. J.-F. Henry*), pour des raisons dont l'explication relève d'autant moins du champ du présent commentaire qu'elles sont bien davantage politiques que juridiques.

Pendant fort longtemps, le Conseil constitutionnel n'a pu opposer aucune objection à ce raisonnement, si tant est qu'il ait eu la volonté de le faire – ce qui n'était d'ailleurs pas le cas, puisqu'il a, occasionnellement, affirmé le caractère réglementaire des ordonnances non ratifiées et la compétence du Conseil d'État pour en connaître (*Cons. const., 8 août 1985, n° 85-196 DC, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie : Rec. Cons. const., p. 63*). L'article 61 de la Constitution, relatif au contrôle de constitutionnalité des lois par voie d'action, est de toute évidence inapplicable aux ordonnances de l'article 38, puisqu'il prévoit le contrôle des seules « lois », et de surcroît « avant leur promulgation » : or, si on peut à la rigueur débattre du caractère de « loi » des ordonnances – tout dépend si on en retient ou non une définition matérielle – elles ne sont en tout état de cause pas promulguées et ne peuvent donc relever du contrôle de l'article 61. Ce dernier ne peut s'exercer que sur la loi d'habilitation et sur la loi de ratification – mais pas sur l'ordonnance elle-même, même si la loi de ratification en confirme le contenu – ou, en vertu de la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » (*Cons. const., 25 janv. 1985, n° 85-187 DC, Loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances : Rec. Cons. const., p. 43 ; AIJC 1985, p. 400, chron. B. Genevois ; AJDA 1985, p. 362, note P. Wachsmann ; D. 1985, Jur., p. 361, note F. Luchaire ; JCP G 1985, II, 20356, note C. Franck ; Rev. adm. 1985, p. 355, note M. de Villiers*), à l'occasion du contrôle d'une loi modifiant une ordonnance. Cependant, dès lors que, jusqu'à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, était admise une ratification implicite des ordonnances, par le vote d'une loi s'y référant ou les modifiant, l'ordonnance ainsi éventuellement soumise au contrôle du Conseil constitutionnel avait valeur législative au moment dudit contrôle. Si, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 38 impose une ratification expresse de l'ordonnance, la jurisprudence « État d'urgence en Nouvelle-Calédonie » – qui est, au demeurant, d'application exceptionnelle – n'a jamais porté sur une ordonnance non ratifiée.

La même révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 institue en revanche, on le sait, une nouvelle procédure de contrôle de constitutionnalité, cette fois *a posteriori* et par voie

d'exception, la question prioritaire de constitutionnalité. Celle-ci est susceptible de porter sur toute « disposition législative », ce qui rouvre le débat sur le caractère législatif ou non des ordonnances non ratifiées, selon la définition qu'on retient de la notion de loi. En effet, des dispositions formellement non législatives sont susceptibles de faire l'objet d'une telle procédure, alors même qu'elles n'auraient pu faire l'objet d'un contrôle en vertu de l'article 61 : ainsi les mesures de l'article 16 intervenant dans le domaine de la loi ou encore les ordonnances de l'article 92. Les ordonnances de l'article 38 étaient-elles du nombre ? Contrairement aux actes précités, leur valeur législative n'était cependant pas reconnue, seul leur domaine d'intervention étant de nature à les faire qualifier de lois. Aussi, jusqu'alors les lignes n'avaient absolument pas bougé : s'il avait été admis que les ordonnances ratifiées peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (*CE, 11 mars 2011, n° 341658, Benzoni : JurisData n° 2011-003223 ; Lebon, p. 81. – Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, Sté Groupe Canal Plus et a. : JurisData n° 2012-022856 ; Rec. Cons. const., p. 529*), tant le Conseil d'État que le Conseil constitutionnel avaient réaffirmé l'absence de caractère législatif des ordonnances non ratifiées, le premier en refusant de saisir le Conseil constitutionnel d'un tel texte (*CE, 11 mars 2011, n° 341658, Benzoni, préc. – CE, 13 juill. 2016, Synd. national des entreprises des loisirs marchands et a. : Lebon T., p. 598 ; AJDA 2016, p. 2153, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet*), le second en prononçant un non-lieu à statuer sur une question prioritaire de constitutionnalité portant sur une ordonnance non ratifiée (*Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-219 QPC, Éruam : JurisData n° 2012-002154 ; Rec. Cons. const., p. 113. – Cons. const., 19 sept. 2014, n° 2014-412 QPC, Drelon : JurisData n° 2014-021296 ; JO 21 sept. 2014, p. 15469*).

C'est ce statu quo que remet en cause le Conseil constitutionnel lorsque, dans l'affaire « Association Force 5 », il affirme que les ordonnances de l'article 38 sont, avant même leur ratification, des dispositions législatives. Du moins en va-t-il ainsi une fois expiré le délai d'habilitation fixé par la loi d'habilitation, dès lors que, à compter de cette date, l'ordonnance ne peut plus être modifiée que par voie législative. Qu'on ne s'y méprenne pas : ce n'est donc pas à une définition matérielle de la loi que se range le Conseil constitutionnel. Certes, les juges de la rue Montpensier évoquent tout de même, à titre complémentaire, la circonstance que les ordonnances interviennent dans le domaine de la loi : mais l'argument n'est pas décisif, dès lors que cette immixtion en matière législative existe évidemment dès la signature de l'ordonnance, sans que cela lui confère pour autant le caractère d'une disposition législative susceptible de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le critère retenu à titre prédominant reste donc un critère organique, mais très particulier puisque fondé, non pas sur l'auteur de l'acte, mais sur l'autorité qui serait seule compétente aujourd'hui pour le modifier.

Il n'en reste pas moins que cette position, réaffirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision Aït Oufella et Herif, contredit la jurisprudence du Conseil d'État, qui considérait l'expiration du délai d'habilitation comme dépourvu d'incidence sur la valeur et le régime contentieux de l'ordonnance (*CE, ass., 11 déc. 2006, Conseil national de l'ordre des médecins : JurisData n° 2006-071175 ; Lebon, p. 510 ; AJDA 2007, p. 133, chron. C. Landais et F. Lenica*). Or, celui-ci ne semble visiblement pas décidé à s'incliner, puisque, dans l'affaire « Conseil national de l'ordre des architectes », il examine, sans d'ailleurs s'en justifier particulièrement, le recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'ordonnance non ratifiée. L'argument selon lequel, le recours ayant été déposé avant l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le nouveau statut des ordonnances, quand bien même la juridiction administrative s'y rallierait, ne serait pas applicable *ratione temporis*, ne tient pas : on l'a dit, lorsqu'une loi de ratification survient en cours d'instance, le Conseil d'État prononce un non-lieu à statuer, et c'est ce qu'il aurait dû faire en l'espèce, sauf à se reconnaître un pouvoir de

modulation dans le temps des revirements de jurisprudence du Conseil constitutionnel pour admettre qu'il puisse continuer à juger les recours pendants. Or, cela serait particulièrement audacieux et contraire à l'esprit généralement conciliant du Conseil d'État : dans un domaine voisin, le Conseil constitutionnel détermine seul les effets dans le temps de ses décisions d'inconstitutionnalité, et le Conseil d'État s'y conforme scrupuleusement (V. encore, récemment : *CE, ass., 24 déc. 2019, n° 425983, Sté hôtelière Paris Eiffel Suffren et Laillat* : *JurisData n° 2019-023495* ; *Lebon, p. 488, concl. M. Sirinelli* ; *Dr. adm. 2020, comm. 22, note G. Eveillard* ; *AJDA 2020, p. 509, chron. C. Malverti et C. Beaufils* ; *JCP G 2020, 2076, note J.-S. Boda* ; *RFDA 2020, p. 136, concl., note A. Roblot-Troizier*).

La hache de guerre serait-elle donc, pour la première fois depuis longtemps, déterrée entre les deux juridictions ? Il n'en est rien, du moins en apparence. Du reste, les juges du Palais-Royal se sont, officiellement du moins, abstenus dans l'affaire « Conseil national de l'Ordre des architectes », de contredire expressément le Conseil constitutionnel, s'engouffrant dans une brèche dans la formulation quelque peu elliptique de la décision « Association Force 5 » (comme en témoigne le fichage de l'arrêt au Recueil Lebon, qui invite à « rapprocher » sa solution de celle de la décision « Association Force 5 »).

2. L'ordonnance de l'article 38, un acte de valeur réglementaire

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision « Aït Oufella et Herif », précise sa position sur le statut des ordonnances, d'une façon qui n'apparaît du reste pas incompatible avec la formulation de la décision « Association Force 5 », même si on se gardera bien d'affirmer que telle était sa pensée dès l'origine...

Ladite position apparaît nettement moins incompatible avec celle du Conseil d'État, même si elle le reste partiellement.

Elle repose sur une dissociation de la valeur des ordonnances non ratifiées et de leur statut contentieux, une fois expiré le délai d'habilitation. Ce n'est qu'au sens de l'article 61-1 de la Constitution – précision qui ne figurait pas dans la décision « Association Force 5 » – qu'elles peuvent être regardées comme des dispositions législatives. Le Conseil n'affirme donc nullement que les ordonnances ont valeur législative dès l'expiration du délai d'habilitation, simplement qu'elles peuvent, dès ce moment, faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Il faut d'emblée le souligner : ce byzantinisme juridique suscite, de prime abord, les plus vives réserves. On l'a dit, il est de tradition que le statut contentieux soit déterminé par la valeur de l'acte : le juge n'avait jamais, jusqu'à présent, tergiversé à reconnaître comme synonymes de « valeur législative » ou « valeur supra-législative » des expressions telles que « force de loi » – pour les ordonnances de l'article 92 (*CE, sect., 12 févr. 1960, Sté Eky, préc.*) – ou « autorité supérieure à celle des lois » – pour les traités et accords internationaux (*CE, ass., 20 oct. 1989, Nicolo* : *Lebon, p. 190, concl. P. Frydman* ; *AJDA 1989, p. 756, chron. E. Honorat et E. Baptiste* ; *AJDA 1989, p. 788, note D. Simon* ; *D. 1990, Jur., p. 135, note P. Sabourin* ; *JCP G 1989, II, 21371, concl.* ; *LPA 11 déc. 1989, p. 11, note G. Lebreton* ; *RFDA 1989, p. 813, concl., note B. Genevois* ; *RMC 1990, p. 389, note J.-F. Lachaume* ; *RTDE 1989, p. 771, concl., note G. Isaac*). Du moins pouvait-on le déduire des conséquences contentieuses qu'il attachait à de telles expressions, en l'occurrence, pour les ordonnances de l'article 92, l'affirmation de l'incompétence du juge administratif pour en connaître, pour les traités et accords internationaux la compétence du juge administratif pour les faire prévaloir sur les lois. Affirmer que, d'un

certain point de vue, un acte doit être assimilé à une loi, mais sans l'être à d'autres points de vue – car, moins que dans la question de la valeur de l'acte proprement dite, qui constitue une question essentiellement théorique, là réside le cœur du problème – ne renforce certes pas la simplicité ni l'intelligibilité du droit.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille jeter l'opprobre sur ce revirement de jurisprudence sans en examiner les raisons profondes et les implications : parfois, la complexité est nécessaire à donner une résolution satisfaisante à certains problèmes.

À cet égard, les deux décisions rendues pour l'heure par le Conseil constitutionnel ne posent que de premiers jalons.

Tout d'abord, selon la décision « Association Force 5 », lorsqu'une ordonnance a corrigé une disposition législative entachée d'inconstitutionnalité, c'est à compter de l'expiration du délai d'habilitation que l'inconstitutionnalité prend fin, et non à compter de la ratification de l'ordonnance. Mais, à dire vrai, elle prend fin, substantiellement parlant, dès la signature de l'ordonnance, et il en sera d'ailleurs jugé ainsi si cette dernière est finalement ratifiée.

Ensuite, selon la décision « Aït Oufella et Herif », le contrôle du Conseil constitutionnel sur la loi d'habilitation, que ce soit par la voie de l'article 61 de la Constitution ou par celle de la question prioritaire de constitutionnalité – contrôle auquel il n'est pas question pour lui de renoncer – se limite au contenu propre de cette loi et aux conséquences qu'il emporte nécessairement, sans considération, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, de la manière dont le Gouvernement a mis en œuvre l'habilitation ou, dans le cadre du contrôle *a priori* et par voie d'action, de la manière dont il pourrait la mettre en œuvre. L'inconstitutionnalité commise par le Gouvernement est sanctionnée, lorsqu'elle ne tire pas les conséquences nécessaires de la loi d'habilitation, à l'occasion du contrôle contentieux de l'ordonnance. Mais c'était déjà le cas auparavant : seul le juge compétent pour exercer ce contrôle change.

Il est tout de même permis de trouver deux avantages à la solution nouvelle.

En premier lieu, il pouvait apparaître difficilement intelligible pour le justiciable contestant la constitutionnalité d'une disposition *a priori* législative de se voir opposer, à l'occasion de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité qu'il a soulevée, un tri entre les dispositions adoptées par le Parlement et celles adoptées par le Gouvernement par voie d'ordonnance de l'article 38, les unes et les autres étant, formellement, rassemblées dans le même instrument – article de loi, ou article législatif d'un code, modifié par l'ordonnance. Ce justiciable pouvait se voir opposer l'incompétence du Conseil constitutionnel pour connaître d'une partie des dispositions contestées, ce qui conduisait à un partage de la question de constitutionnalité entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. L'interdiction de la ratification implicite des ordonnances par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, ne pouvait qu'accentuer le phénomène dès lors que la modification par la loi des dispositions issues de l'ordonnance ne confère plus à cette dernière valeur législative : l'entremêlement de dispositions de valeur législative et de valeur simplement réglementaire ne provient plus simplement de ce que les secondes ont modifié les premières, mais également de ce qu'elles ont pu ultérieurement être elles-mêmes modifiées par de nouvelles dispositions législatives. À cet argument on peut néanmoins opposer plusieurs objections. Tout d'abord, même si cette division des compétences était source de complexité, elle n'entraînait la soustraction d'aucune disposition à un contrôle de constitutionnalité, réalisé soit par le Conseil constitutionnel soit par

le Conseil d'État. Ensuite, l'évolution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne met pas totalement fin à la division des compétences, puisqu'il reste incompétent pour connaître de la constitutionnalité des ordonnances avant l'expiration du délai d'habilitation. Enfin, et surtout, il n'est pas dit que la situation change fondamentalement, car le Conseil d'État lui-même avait déjà posé quelques limites à la division des compétences en admettant le renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur des dispositions d'une ordonnance non ratifiée lorsqu'elles sont indétachables de dispositions législatives faisant l'objet de la même question (*CE, 16 janv. 2018, n° 415043, Union des ostéopathes animaliers et Lecuyer : JurisData n° 2018-000300 ; Lebon T., p. 873*) – le Conseil constitutionnel s'étant pour sa part reconnu compétent pour examiner ces dispositions (*Cons. const., 5 juill. 2013, n° 2013-331 QPC, Sté Numericable : JurisData n° 2013-014416 ; Rec. Cons. const., p. 876*).

En second lieu, le changement de statut contentieux des ordonnances permet de régler un problème en cas d'inconstitutionnalité : la seule autorité compétente pour corriger ladite inconstitutionnalité est le législateur, et l'acte modificatif ne peut être qu'une loi, au sens formel du terme. Or, dans l'ancien état du droit, le Conseil d'État annulait donc un acte administratif, mais sans que l'auteur de ce dernier puisse le remplacer : l'exécution de la chose jugée, voire les injonctions éventuellement prononcées, concernaient donc le législateur, qui ne saurait être le destinataire des décisions du juge administratif. Cette anomalie est désormais rectifiée, ce qui constitue probablement le principal mérite de la solution nouvelle : au Conseil constitutionnel, juge de la loi, le pouvoir de censurer un acte que seule la loi pourra corriger. Cependant, il convient de le noter, le problème n'est nullement réglé si le motif d'invalidité de l'ordonnance réside dans la méconnaissance d'une autre norme qu'un droit ou liberté garanti par la Constitution.

Pour le reste, le nouvel état du droit ne fait guère que remplacer une division des compétences par une autre. La compétence du Conseil constitutionnel se limite en effet au contrôle de la conformité de l'ordonnance aux droits et libertés que la Constitution garantit – contrôle pour lequel il dispose d'un monopole, comme prend soin de l'affirmer la décision « Aït Oufella et Herif ». Au juge administratif continue en revanche à revenir le contrôle des autres moyens dirigés contre l'ordonnance, qu'il s'agisse des moyens de légalité externe ou des moyens de légalité interne autres que la conformité aux droits et libertés de valeur constitutionnelle, en particulier le respect des autres normes qui lui sont supérieures dans la hiérarchie des normes : les traités internationaux et le droit de l'Union européenne, les principes généraux du droit – dans la mesure où ils sont dépourvus d'équivalent au niveau constitutionnel – et bien entendu la loi d'habilitation elle-même – à condition que la méconnaissance de cette dernière ne conduise pas l'ordonnance à méconnaître les droits et libertés de valeur constitutionnelle (*CE, 4 nov. 1996, n° 177162, Assoc. de défense des sociétés de courses des hippodromes de province : Lebon, p. 427 ; RFDA 1996, p. 1099, concl. C. Maugué, note L. Favoreu*). Le Conseil d'État, dans l'arrêt « Conseil national de l'ordre des architectes », se limite à de tels contrôles, ce qui rend sa décision compatible avec la nouvelle jurisprudence constitutionnelle ; mais, il est vrai, aucun moyen ne portait en l'espèce sur la violation des droits et libertés constitutionnels.

On cerne la complexité procédurale induite par cette évolution. Celui qui conteste la légalité d'une ordonnance devant la juridiction administrative devra songer à déposer, par un mémoire distinct, une question prioritaire de constitutionnalité sous peine de se voir désormais opposer par le juge administratif son incompétence pour connaître de l'éventuelle violation des droits et libertés constitutionnels. Malgré tout le bien qu'on peut penser de la question prioritaire de constitutionnalité, l'allongement des procédures induit par cette évolution est inévitable. L'effet

n'en sera peut-être pas spectaculaire sur les procédures au fond, mais il le sera bien davantage pour les procédures en référé, particulièrement en référé-liberté : une question prioritaire de constitutionnalité peut en effet être posée à l'occasion d'un référé-liberté (*CE, 16 juin 2010, n° 340250, Diakité* : *JurisData n° 2010-009412* ; *Lebon, p. 205* ; *AJDA 2010, p. 1662, note O. Le Bot* ; *JCP G 2010, 739, note P. Cassia*) et certes, dans l'attente de la réponse du Conseil constitutionnel, le juge des référés peut prendre toutes mesures provisoires de nature à préserver la situation du requérant (*CE, sect., 11 déc. 2015, n° 395009, Domenjoud* : *JurisData n° 2015-028248* ; *Lebon, p. 437, concl. X. Domino* ; *Dr. adm. 2016, comm. 25, note G. Eveillard* ; *AJDA 2016, p. 247, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet* ; *RFDA 2016, p. 105, concl.* ; *RFDA 2016, p. 123, note A. Roblot-Troizier*), mais il n'empêche que la résolution d'un référé-liberté dirigé contre une ordonnance entre l'expiration du délai d'habilitation et la ratification de ladite ordonnance prendra désormais plus de 3 mois là où, auparavant, elle ne dépassait pas quelques jours.

Cette complexification ne saurait trouver de justification dans un meilleur souci de protection des droits et libertés : le respect de ces derniers par les ordonnances faisait déjà l'objet d'un contrôle, de la part d'un juge administratif qui n'avait jamais montré à cette occasion une moindre efficacité par rapport au Conseil constitutionnel (V. pour des exemples d'annulation par le Conseil d'État de dispositions d'une ordonnance non ratifiée, pour méconnaissance de principes constitutionnels : *CE, ass., 24 oct. 1961, Féd. nationale des syndicats de police, préc.* – *CE, 1er déc. 1997, n° 176352, CPAM de la Sarthe* : *Lebon, p. 446*). Quant à l'argument tiré de ce que la jurisprudence nouvelle allongerait le délai de recours contre les ordonnances, au moins au regard du respect par elles des droits et libertés constitutionnels – la question prioritaire de constitutionnalité pouvant être déposée à tout moment, dès lors qu'un litige survient dans le cadre duquel l'ordonnance est applicable – et qu'elle participerait ce faisant d'une meilleure garantie de ces derniers, elle fait fi de ce que, en tout état de cause, il existait déjà devant le juge administratif une exception d'illégalité permanente contre les ordonnances non ratifiées, à l'occasion d'un recours contre un acte administratif pris en application de ces dernières ; certes, cette exception d'illégalité ne peut plus, depuis 2018, porter sur les vices de procédure et de forme entachant l'ordonnance (*CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583, CFDT-Finances* : *JurisData n° 2018-008095* ; *Lebon, p. 187, concl. A. Bretonneau* ; *Dr. adm. 2018, repère 7, note B. Plessix* ; *Dr. adm. 2018, comm. 45, note G. Eveillard* ; *AJDA 2018, p. 1206, chron. S. Roussel et C. Nicolas* ; *AJDA 2018, p. 1241, tribune F. Melleray* ; *AJDA 2018, p. 1465, tribune B. Seiller* ; *JCP A 2018, 2197, note C. Friedrich* ; *Procédures 2018, comm. 236, note N. Chiffлот* ; *RFDA 2018, p. 649, concl.*), mais la question prioritaire de constitutionnalité ne le pourrait pas non plus.

Si le Conseil d'État vient, à l'occasion de futures affaires, à se ranger à la position du Conseil constitutionnel et à se déclarer incompétent pour connaître de la conformité des ordonnances aux droits et libertés constitutionnels, il n'y aura donc pas de nouveau conflit entre les deux juridictions, qui viendrait s'ajouter aux divergences temporaires d'interprétation du principe de légalité des délits et des peines (respectivement : *CE, ass., 3 févr. 1967, Confédération générale des vignerons du Midi* : *Lebon, p. 55* ; *AJDA 1967, p. 159, chron. J.-P. Lecat et J. Massot* ; *AJDA 1964, p. 164, concl. Y. Galmot.* – *Cons. const., 17 mars 1964, n° 64-27 L, Nature juridique des dispositions de l'art. 5 de l'ordonnance du 16 octobre 1958 relative à diverses dispositions concernant le Trésor* : *Rec. Cons. const., p. 35.* – Infirmé ultérieurement par : *Cons. const., 26 juin 1969, n° 69-55 L, Nature juridique de certaines dispositions des articles 4, 9 et 12 de la loi du 2 mai 1930 relative à la protection des monuments naturels et des sites* : *Rec. Cons. const., p. 27*), aux désaccords sur le caractère de principe général du droit du principe selon lequel le silence de l'administration vaut rejet (respectivement : *Cons. const., 26 juin*

*1969, n° 69-55 L, préc. – CE, ass., 27 févr. 1970, Cne Bozas : Lebon, p. 139 ; AJDA 1970, p. 225, chron. R. Denoix de Saint-Marc et D. Labetoulle ; JCP G 1970, II, 16340, note M.C. – Infirmé ultérieurement par : CE, 14 févr. 2001, n° 202830, Min. Emploi et Solidarité c/ Bouraïb : Lebon T., p. 793) ou encore à la consécration par le Conseil d'État d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République que le Conseil constitutionnel n'a jamais souhaité reconnaître (CE, ass., 3 juill. 1996, Koné : Lebon, p. 255 ; AJDA 1996, p. 722, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; D. 1996, Jur., p. 509, note F. Julien-Laferrière ; JCP G 1996, II, 22720, note X. Prétot ; RDP 1996, p. 1751, note C. Braud ; RFDA 1996, p. 870, concl. J.-M. Delarue). Il n'empêche : la valeur ajoutée du nouveau statut contentieux des ordonnances reste encore à démontrer, alors que leur statut antérieur n'avait guère appelé la critique (B. Genevois, *L'application de l'article 38 de la Constitution : un régime juridique cohérent et nullement baroque* : RFDA 2018, p. 755).*

Mots clés : Procédure. - Recours pour excès de pouvoir. - Ordonnance en instance de rectification

CE, 16 DECEMBRE 2020, N°440258, 440289, 440457

Sous le n° 440289, par une requête, enregistrée le 27 avril 2020, la Confédération générale du travail (CGT), la Fédération des services publics - CGT et l'Union fédérale des syndicats de l'Etat - CGT demandent au Conseil d'Etat : 1°) d'annuler pour excès de pouvoir la même ordonnance ; 2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.....

Sous le n° 440457, par une requête, enregistrée le 7 mai 2020, la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière demande au Conseil d'Etat : 1°) d'annuler pour excès de pouvoir la même ordonnance ; 2°) de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- la Constitution, notamment son Préambule ;
- la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et son premier protocole additionnel ; - la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;
- la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 ;
- l'ordonnance organique n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ;
- la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ;
- la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 ;
- la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 ;
- le décret n° 2020-260 du 16 mars 2020 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Arnaud Skzryerbak, maître des requêtes,
- les conclusions de M. Vincent Villette, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Thouvenin, Coudray, Grevy, avocat de la Fédération CFDT des Finances, de la Fédération Interco CFDT, de l'Union des fédérations de fonctionnaires et assimilés (UFFA-CFDT) et du syndicat CFDT affaires étrangères (CFDT-MAE), à la SARL Didier, Pinet, avocat de la Confédération générale du travail (CGT), de la Fédération des services publics - CGT et de l'Union fédérale des syndicats de l'Etat - CGT et à Me Haas, avocat de la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force Ouvrière ;

Considérant ce qui suit :

1. L'émergence d'un nouveau coronavirus, responsable de la maladie à coronavirus 2019 ou covid-19 et particulièrement contagieux, et sa propagation sur le territoire français à compter du début de l'année 2020 ont conduit les pouvoirs publics à prendre diverses mesures de lutte contre l'épidémie. Par un décret du 16 mars 2020 motivé par les circonstances exceptionnelles découlant de l'épidémie de covid-19, le Premier ministre a interdit, à compter du lendemain midi, le déplacement de toute personne hors de son domicile, sous réserve d'exceptions limitativement énumérées et devant être dûment justifiées. Dans le même temps, l'activité de nombreuses administrations a été réduite aux missions les plus essentielles dans le cadre de la mise en œuvre de plans de continuité d'activité, les agents dont la présence sur leur lieu de travail n'était pas nécessaire à cette fin étant invités à télétravailler ou, en cas d'impossibilité, placés en autorisation spéciale d'absence. Par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, a été déclaré l'état d'urgence sanitaire pour une durée de deux mois sur l'ensemble du territoire national. L'article 11 de la même loi a autorisé le Gouvernement, pendant trois mois, à prendre par ordonnances, dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, diverses mesures relevant du domaine de la loi afin de faire face aux conséquences de l'épidémie.

2. Sur le fondement de cette habilitation, le Gouvernement a pris l'ordonnance du 15 avril 2020 relative à la prise de jours de réduction du temps de travail ou de congés dans la fonction publique de l'Etat et la fonction publique territoriale au titre de la période d'urgence sanitaire. Par trois requêtes qu'il y a lieu de joindre pour statuer par une seule décision, la Fédération CFDT des Finances, la Fédération Intercro CFDT, l'Union des fédérations de fonctionnaires et assimilés et le syndicat CFDT affaires étrangères, la Confédération générale du travail, la Fédération des services publics - CGT et l'Union fédérale des syndicats de l'Etat -CGT et, enfin, la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière demandent l'annulation pour excès de pouvoir de cette ordonnance.

-Sur le régime contentieux des ordonnances :

3. D'une part, l'article 38 de la Constitution dispose, dans la rédaction que lui a donnée la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, que : «Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. / Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. / A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

4. D'autre part, aux termes du premier alinéa de l'article 61-1 de la Constitution, issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 : «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Le deuxième alinéa de l'article 62, issu de la même loi, prévoit qu'une disposition déclarée inconstitutionnelle sur ce fondement «est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». En vertu des articles 23-2, 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, la question

prioritaire de constitutionnalité est renvoyée au Conseil constitutionnel si la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites, si elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et si la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux. Si elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, la juridiction saisie doit se prononcer par priorité sur la question de constitutionnalité.

5. Une habilitation donnée par le Parlement sur le fondement de l'article 38 de la Constitution élargit de façon temporaire le pouvoir réglementaire dont le Gouvernement dispose, en l'autorisant à adopter des mesures qui relèvent du domaine normalement réservé à la loi, que ce soit en vertu de l'article 34 de la Constitution ou d'autres dispositions de celle-ci. Alors même que les mesures ainsi adoptées ont la même portée que si elles avaient été prises par la loi, les ordonnances prises en vertu de l'article 38 de la Constitution conservent le caractère d'actes administratifs, aussi longtemps qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une ratification, qui ne peut être qu'expresse, par le Parlement. A ce titre, elles doivent respecter, outre les règles de compétence, de forme et de procédure qui leur sont applicables, les règles et principes de valeur constitutionnelle et les engagements internationaux de la France, elles ne peuvent intervenir dans le domaine de la loi, abroger ou modifier des lois ou y déroger que dans la limite de l'habilitation conférée par le législateur et, sauf à ce que cette habilitation ait permis d'y déroger, elles sont soumises au respect des principes généraux du droit s'imposant à toute autorité administrative. Leur légalité peut être contestée par voie d'action, au moyen d'un recours pour excès de pouvoir formé dans le délai de recours contentieux devant le Conseil d'Etat, compétent pour en connaître en premier et dernier ressort, qui peut en prononcer l'annulation rétroactive, ou par la voie de l'exception, à l'occasion de la contestation d'un acte ultérieur pris sur leur fondement, devant toute juridiction, qui peut en écarter l'application, sous réserve, le cas échéant, d'une question préjudicielle.

6. Toutefois, celles de leurs dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation conférée au Gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le fondement d'une nouvelle habilitation qui serait donnée au Gouvernement. L'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi, quand bien même celles-ci seraient illégales. Par sa décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020, le Conseil constitutionnel en a déduit que les dispositions d'une ordonnance qui relèvent du domaine législatif entrent, dès l'expiration du délai d'habilitation, dans les prévisions de l'article 61-1 de la Constitution et que leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut ainsi être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité.

7. Il suit de là que, lorsque le délai d'habilitation est expiré, la contestation, au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, des dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi n'est recevable qu'au travers d'une question prioritaire de constitutionnalité, qui doit être transmise au Conseil constitutionnel si les conditions fixées par les articles 23-2, 23-4 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel sont remplies. Si le Conseil constitutionnel, jugeant que ces dispositions portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, les déclare inconstitutionnelles, elles sont, en vertu de l'article 62 de la Constitution, abrogées à compter de la publication de sa décision ou d'une date ultérieure qu'elle fixe, le Conseil constitutionnel pouvant en outre déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.

8. Conformément au but poursuivi par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, qui entendait accorder aux citoyens des droits nouveaux, en ouvrant au justiciable la faculté de contester, par voie d'exception, la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de dispositions législatives, et faire progresser l'Etat de droit en prévoyant la sortie de vigueur des dispositions déclarées inconstitutionnelles à cette occasion, la circonstance qu'une question prioritaire de constitutionnalité puisse, dans une telle hypothèse, être soulevée, ne saurait cependant faire obstacle à ce que le juge annule l'ordonnance dont il est saisi par voie d'action ou écarte son application au litige dont il est saisi, si elle est illégale pour d'autres motifs, y compris du fait de sa contrariété avec d'autres règles de valeur constitutionnelle que les droits et libertés que la Constitution garantit.

9. A ce titre, en premier lieu, le requérant a le choix des moyens qu'il entend soulever, en particulier lorsque des principes voisins peuvent trouver leur source dans la Constitution, dans des engagements internationaux ou dans des principes généraux du droit. A défaut de précision quant à la source du principe invoqué, il appartient au juge d'opérer son contrôle au regard de la norme de référence la plus conforme à l'argumentation dont il est saisi et à la forme de sa présentation.

10. En deuxième lieu, lorsqu'il est saisi, par voie d'action, d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une ordonnance, le Conseil d'Etat peut, alors même que le délai d'habilitation est expiré et qu'une question prioritaire de constitutionnalité a été soulevée, annuler cette ordonnance, avant l'expiration du délai de trois mois à compter de la présentation de la question, sans se prononcer sur son renvoi au Conseil constitutionnel, si un motif autre que la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution ou les engagements internationaux de la France est de nature à fonder cette annulation et que l'intérêt d'une bonne administration de la justice commande qu'il ne soit pas sursis à statuer.

11. En troisième lieu, si le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelle une disposition d'une ordonnance dont le Conseil d'Etat est saisi par voie d'action, il appartient à ce dernier de tirer les conséquences, sur les conclusions de la requête, de la décision du Conseil constitutionnel, puis d'accueillir ou de rejeter le surplus des conclusions, en fonction du bien-fondé des moyens autres que ceux tirés de la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution.

12. Enfin, la loi par laquelle le Parlement ratifie une ordonnance lui donne rétroactivement valeur législative. Il suit de là, d'une part, qu'un recours pour excès de pouvoir tendant à son annulation devient, à compter de cette ratification, sans objet. D'autre part, à compter de cette même date, elle ne peut plus être utilement contestée par voie d'exception qu'au regard des droits et libertés que la Constitution garantit, par le moyen d'une question prioritaire de constitutionnalité, et des engagements internationaux de la France produisant des effets directs dans l'ordre juridique interne.

Sur la loi d'habilitation et la portée de l'ordonnance attaquée :

13. Par le I de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, le Gouvernement a été habilité à prendre par ordonnance « toute mesure, pouvant entrer en vigueur, si nécessaire,

à compter du 12 mars 2020, relevant du domaine de la loi (...) : / 1° Afin de faire face aux conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19 et aux conséquences des mesures prises pour limiter cette propagation, et notamment afin de prévenir et limiter la cessation d'activité des personnes physiques et morales exerçant une activité économique et des associations ainsi que ses incidences sur l'emploi (...) / b) En matière de droit du travail, de droit de la sécurité sociale et de droit de la fonction publique ayant pour objet : / (...) - de permettre à tout employeur d'imposer ou de modifier unilatéralement les dates des jours de réduction du temps de travail, des jours de repos prévus par les conventions de forfait et des jours de repos affectés sur le compte épargne temps du salarié, en dérogeant aux délais de prévenance et aux modalités d'utilisation définis au livre Ier de la troisième partie du code du travail, par les conventions et accords collectifs ainsi que par le statut général de la fonction publique (...). Cette habilitation est arrivée à son terme le 23 juin 2020.

14. L'article 1er de l'ordonnance attaquée prévoit que les fonctionnaires et agents contractuels de droit public de la fonction publique de l'Etat, les personnels ouvriers de l'Etat ainsi que les magistrats de l'ordre judiciaire en autorisation spéciale d'absence entre le 16 mars 2020 et le terme de l'état d'urgence sanitaire déclaré par la loi du 23 mars 2020 ou, si elle est antérieure, la date de reprise par l'agent de son service dans des conditions normales, prennent dix jours de réduction du temps de travail ou de congés annuels, dont cinq jours de réduction du temps de travail au cours d'une première période allant du 16 mars au 16 avril 2020 et cinq autres jours de réduction du temps de travail ou de congés annuels au cours d'une seconde période allant du 17 avril 2020 au terme de l'état d'urgence sanitaire ou à la date, si elle est antérieure, de reprise du service dans des conditions normales. Il précise que s'ils ne disposent pas de cinq jours de réduction du temps de travail pouvant être pris au cours de la première période, ces jours sont complétés à due concurrence par la prise d'un ou plusieurs jours de congés au cours de la seconde période, dans la limite totale de six jours de congés annuels au titre des deux périodes. Son article 2 prévoit que le chef de service peut, pour tenir compte des nécessités de service, imposer aux mêmes catégories d'agents, lorsqu'ils sont « en télétravail ou assimilé » au cours de la seconde période, de prendre cinq jours de réduction du temps de travail ou, à défaut, de congés annuels au cours de cette période. Son article 4 prévoit une proratisation en fonction du nombre de jours accomplis en autorisation spéciale d'absence et « en télétravail ou assimilé ». Son article 5 donne au chef de service la possibilité de réduire le nombre de jours de réduction du temps de travail ou de congés annuels imposés au titre des articles 1er et 2 pour tenir compte du nombre de jours pendant lesquels la personne a été placée en congés de maladie pendant la période considérée. Enfin, son article 7 prévoit que ses dispositions peuvent être appliquées aux agents publics relevant de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, par décision de l'autorité territoriale, dans les conditions définies par celle-ci.

Sur la légalité externe de l'ordonnance :

15. En premier lieu, l'habilitation donnée au Gouvernement par la loi du 23 mars 2020 ne porte que sur les jours de réduction du temps de travail, les jours de repos prévus par les conventions de forfait et les jours de repos affectés sur le compte épargne temps, et non sur les jours de congés annuels. Toutefois, s'il appartient au seul législateur d'instituer les différents droits à congés des fonctionnaires civils et militaires de l'Etat, comme des collectivités territoriales, les dispositions de l'ordonnance attaquée relatives aux congés annuels, qui n'ont pas de caractère rétroactif, ne dérogent à aucune disposition législative et ne fixent pas une règle relative au statut des magistrats ou aux garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires ou touchant aux principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources, au sens de l'article 34 de la Constitution. Par suite, la circonstance que ces

dispositions excèdent l'étendue de l'habilitation consentie par le législateur est sans incidence sur la compétence du Gouvernement pour les adopter.

16. En second lieu, aux termes du II de l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 : « Les projets d'ordonnance pris sur le fondement du présent article sont dispensés de toute consultation obligatoire prévue par une disposition législative ou réglementaire ». Il en résulte que l'ordonnance attaquée n'avait pas à être soumise pour avis au conseil commun de la fonction publique en application de l'article 9 ter de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, non plus, en tout état de cause, qu'au conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat et au conseil supérieur de la fonction publique territoriale, ni pour celles de ses dispositions relatives aux jours de réduction du temps de travail, ni pour celles relatives aux jours de congés annuels, applicables à défaut d'un nombre suffisant de jours de réduction du temps de travail, de façon à assurer un traitement équitable entre agents publics, qui présentent ainsi un lien étroit avec les précédentes.

Sur la légalité interne de l'ordonnance :

En ce qui concerne la question prioritaire de constitutionnalité :

17. L'ordonnance attaquée intervient dans le domaine de la loi en ce qu'elle impose aux agents en autorisation spéciale d'absence, à titre rétroactif, de prendre cinq jours de réduction du temps de travail au titre de la période comprise entre le 16 mars et le 16 avril 2020. Ce faisant, elle ne modifie pas le nombre des jours de réduction du temps de travail auxquels ont droit les agents concernés, qui, au cours de la période considérée, ont été rémunérés en l'absence de service fait. Si les requérants font valoir que cette mesure n'est pas nécessaire pour garantir la disponibilité des agents lors de la reprise d'activité dans des conditions normales, dès lors que l'autorité administrative peut toujours refuser des congés dans l'intérêt du service, l'ordonnance vise à tenir compte des besoins du service au cours de la période d'état d'urgence sanitaire et à diminuer le nombre de jours susceptibles d'être pris à la reprise. Elle n'assure pas une conciliation manifestement déséquilibrée entre l'intérêt du service et le droit au repos et aux loisirs garanti par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Par suite, le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée porterait atteinte au droit au repos et aux loisirs, ainsi qu'au droit au respect de la vie privée et de la liberté personnelle, qui ne soulève pas une question nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux. Ainsi, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité de cette question prioritaire de constitutionnalité ni de la renvoyer au Conseil constitutionnel, le moyen tiré de ce que l'ordonnance attaquée porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être écarté.

En ce qui concerne les autres moyens de légalité interne :

18. En premier lieu, l'ordonnance attaquée intervient dans le domaine réglementaire en ce qui concerne la période allant du 17 avril 2020 au terme de l'état d'urgence sanitaire ou à la date, si elle est antérieure, de reprise du service dans des conditions normales. Elle ne modifie pas le nombre de jours de réduction du temps de travail et de congés annuels auxquels ont droit les agents concernés mais se borne, durant l'état d'urgence sanitaire, à leur imposer de prendre un congé au cours de la période pendant laquelle ils sont rémunérés en l'absence de service fait et à permettre au chef de service, pour tenir compte des nécessités de service, de leur imposer de prendre un congé au cours de la période pendant laquelle ils sont en télétravail. Par suite, et alors même que l'ordonnance attaquée ne prévoit pas que le

chef de service consulte les agents concernés avant de fixer les dates de ces congés, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui garantissent le droit au repos et aux loisirs, doit être écarté. Il en va de même, en tout état de cause, du moyen tiré de ce que l'ordonnance méconnaîtrait, pour les mêmes motifs, le droit au respect de la vie privée des agents publics et leur liberté personnelle.

19. En deuxième lieu, l'imposition de dix jours de congés aux agents en autorisation spéciale d'absence au cours de la période d'état d'urgence sanitaire, alors qu'ils étaient déchargés de leurs obligations de service les jours restants tout en continuant à percevoir leur rémunération, ne caractérise pas un traitement défavorable par rapport aux agents en télétravail et à ceux présents sur leur lieu de travail. Par suite, et à supposer même qu'un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes aient demandé des autorisations spéciales d'absence pour pouvoir s'occuper de leurs enfants, les requérants ne sont pas fondés à soutenir qu'il résulterait de l'ordonnance attaquée une discrimination indirecte en raison du sexe dans le droit au respect de la vie familiale, en méconnaissance des stipulations des articles 8 et 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

20. En troisième lieu, aux termes de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : «Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. / Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

21. Ainsi qu'il a été dit aux points 17 et 18, l'ordonnance attaquée ne modifie pas le nombre de jours de réduction du temps de travail et de congés annuels auxquels ont droit les agents concernés. D'une part, la seule circonstance qu'il leur est imposé de prendre des congés à des dates qu'ils n'ont pas choisies ne caractérise pas une atteinte à un bien au sens des stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'autre part, le décompte rétroactif de cinq jours de réduction du temps de travail en lieu et place de jours au cours desquels les agents bénéficiaient d'autorisations spéciales d'absence ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect des biens. Le moyen tiré de la méconnaissance des stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales doit, dès lors, être écarté.

22. En quatrième lieu, aux termes du deuxième paragraphe de l'article 31 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : «Tout travailleur a droit (...) à une période annuelle de congés payés ». Aux termes de l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail : «1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales / 2. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail ».

23. Tout d'abord, l'ordonnance attaquée prévoit, à son article 2, que le chef de service peut, à compter du lendemain de sa publication, imposer aux agents en télétravail de prendre des jours de réduction du temps de travail ou, à défaut, de congés annuels. Elle ne permet pas, contrairement à ce que soutiennent les requérants, que des journées au cours desquelles l'agent a exercé ses fonctions en télétravail soient décomptées comme des jours de congés annuels. Ensuite, l'article 4 de l'ordonnance attaquée prévoit que le nombre de jours de congés imposés au titre de l'article 1er ou susceptibles de l'être au titre de l'article 2 est proratisé en fonction du nombre de jours accomplis en autorisation spéciale d'absence ou en télétravail. Si l'article 5 ajoute que le chef de service a la faculté, et non l'obligation, de réduire le nombre de jours de réduction de temps de travail ou de congés annuels imposés à un agent en autorisation spéciale d'absence ou en télétravail pour tenir compte du nombre de jours pendant lesquels l'intéressé a été placé en congés de maladie au cours de la période prise en considération, il résulte en tout état de cause des dispositions de l'article 4 de l'ordonnance que des journées pendant lesquelles l'intéressé a été placé en congé de maladie ne sauraient être décomptées comme des jours de congés annuels. Enfin, la circonstance que les déplacements hors du domicile aient été interdits au cours de la période en cause, sous réserve d'exceptions limitativement énumérées et devant être dûment justifiées, ne conduit pas à considérer que les jours de congés annuels pris au cours de cette période n'étaient pas des jours consacrés au repos, à la détente et aux loisirs. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 31 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 7 de la directive 2003/88/CE, qui ne peuvent être utilement invoqués que dans la mesure où les dispositions attaquées sont susceptibles d'avoir une incidence sur des jours de congé annuel inclus dans la période minimale de quatre semaines régie par la directive, doit être écarté.

24. En cinquième lieu, aux termes de l'article 6 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : «Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leur sexe (...)». Le moyen tiré de la méconnaissance de ces dispositions doit, pour les motifs indiqués au point 19, et à supposer même qu'un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes aient demandé des autorisations spéciales d'absence pour pouvoir s'occuper de leurs enfants, être écarté.

25. En sixième lieu, l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat prévoit seulement que : «Le fonctionnaire en activité a droit : / 1° A un congé annuel avec traitement dont la durée est fixée par décret en Conseil d'Etat (...)». Contrairement à ce que soutiennent les requérants, l'ordonnance attaquée, qui ne remet aucunement en cause le droit à un congé annuel avec traitement, ne méconnaît pas ces dispositions.

26. En septième lieu, ainsi qu'il a été dit, l'ordonnance attaquée ne modifie pas le nombre de jours de réduction du temps de travail et de congés annuels auxquels ont droit les agents concernés mais se borne à leur imposer de prendre un congé au cours de la période d'état d'urgence sanitaire. Si les requérants font valoir que cette mesure n'est pas nécessaire pour garantir la disponibilité des agents lors de la reprise d'activité dans des conditions normales, dès lors que l'autorité administrative peut toujours refuser des congés dans l'intérêt du service, l'ordonnance vise à tenir compte des besoins du service au cours de la période d'état d'urgence sanitaire et à diminuer le nombre de jours susceptibles d'être pris au moment de la reprise. Par suite, le moyen tiré de ce qu'elle serait entachée d'erreur manifeste d'appréciation doit être écarté.

27. En huitième lieu, l'article 11 de la loi du 23 mars 2020 habilitait le Gouvernement à prendre des mesures «pouvant entrer en vigueur, si nécessaire, à compter du 12 mars 2020». L'article 1er de l'ordonnance attaquée prévoit ainsi que cinq jours de réduction du temps de travail sont imposés au titre de la

période allant du 16 mars au 16 avril 2020. Cette mesure rétroactive ne concerne que les agents en autorisation spéciale d'absence, qui ont été déchargés de leurs obligations de service au cours de la période considérée tout en continuant à percevoir leur rémunération. Elle permet d'assurer un même traitement des agents sur toute la période d'état d'urgence sanitaire, alors que des incertitudes pesaient sur la date de reprise d'activité dans des conditions normales. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance, par l'article 1er de l'ordonnance attaquée, du principe de non-rétroactivité des actes administratifs ne peut qu'être écarté.

28. En dernier lieu, si les organisations requérantes invoquent la violation du principe d'égalité, les différences faites par l'ordonnance attaquée entre les agents en télétravail et ceux présents sur leur lieu de travail sont en rapport direct avec l'objectif poursuivi, consistant à adapter le calendrier des congés des agents aux conditions dans lesquelles ils ont exercé leurs fonctions au cours de la période d'état d'urgence sanitaire, et ne sont pas manifestement disproportionnées au regard des différences de situation susceptibles de les justifier. Par suite, le moyen tiré de la méconnaissance de ce principe général du droit doit être écarté.

29. Il résulte de tout ce qui précède que les organisations requérantes ne sont pas fondées à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elles attaquent.

Sur les frais liés au litige :

30. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'Etat, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE : -----

Article 1er : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière.

Article 2 : Les requêtes de la Fédération CFDT des Finances, de la Fédération Interco CFDT, de l'Union des fédérations de fonctionnaires et assimilés et du syndicat CFDT affaires étrangères, de la Confédération générale du travail, de la Fédération des services publics - CGT et de l'Union fédérale des syndicats de l'Etat - CGT et de la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la Fédération CFDT des Finances, première dénommée, pour l'ensemble des organisations ayant présenté la requête n° 440258, à la Confédération générale du travail, première dénommée, pour celles ayant présenté la requête n° 440289, à la Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force ouvrière, au Premier ministre et à la ministre de la transformation et de la fonction publiques.

Copie en sera adressée au Conseil constitutionnel.

Ordonnances de l'article 38 de la Constitution : le Conseil d'État précise le « mode d'emploi » du contrôle qu'il continuera d'exercer sur leur légalité, avant leur ratification par le Parlement

Le Conseil d'État tire aujourd'hui les conséquences de deux décisions du Conseil constitutionnel de mai et juillet dernier qui ont reconnu aux ordonnances du Gouvernement non ratifiées par le Parlement, passé le délai d'habilitation, une valeur législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution relatif à la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Le Conseil d'État juge que ces ordonnances pourront toujours être contestées devant lui au regard notamment des engagements internationaux de la France, de la loi d'habilitation ou des principes généraux du droit. Leur conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution pourra, quant à elle, être mise en cause devant le Conseil constitutionnel, par le biais d'une QPC.

1) L'article 38 de la Constitution permet au Gouvernement de prendre par ordonnance, dans un délai limité, des mesures dans des matières relevant du domaine de la loi, que la Constitution (article 34) réserve en principe au Parlement. Après avoir reçu l'autorisation de ce dernier (loi d'habilitation), le Gouvernement prend une ordonnance, puis dépose un projet de loi pour obtenir sa ratification. Cette ratification par le Parlement donne à l'ordonnance le statut d'une véritable loi, qui ne peut donc plus être attaquée devant le juge administratif. Depuis le début de la Ve République, le Conseil d'État puis la Cour de Cassation et le Conseil constitutionnel jugeaient que les ordonnances constituaient, avant leur ratification par le Parlement, des actes administratifs que le Conseil d'État pouvait contrôler, y compris au regard de la Constitution, comme il le fait pour tous les actes réglementaires émanant du Gouvernement.

Par deux décisions de mai et juillet dernier¹, le Conseil constitutionnel a modifié sa jurisprudence en affirmant que les dispositions d'une ordonnance « doivent être regardées, dès l'expiration du délai de l'habilitation et dans les matières qui sont du domaine législatif, comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit ne peut donc être contestée que par une question prioritaire de constitutionnalité. »

Par la décision rendue aujourd'hui, l'assemblée du contentieux du Conseil d'État, sa formation de jugement la plus solennelle, prend acte de ce revirement de jurisprudence et définit les conditions et les modalités de contrôle de la légalité des ordonnances par le juge administratif. Le régime contentieux ainsi précisé poursuit trois objectifs :

- faire en sorte qu'il n'entraîne aucun recul de l'Etat de droit pour les justiciables ;
- délivrer un mode d'emploi qui soit le plus clair et le plus simple possible pour les requérants ;
- s'adapter à la « stratégie contentieuse » du demandeur, qui reste libre du choix des moyens qu'il invoque, y compris dans l'hypothèse où un principe constitutionnel aurait un équivalent dans une convention internationale ou dans un principe général du droit.

2) Tant qu'une ordonnance n'aura pas été ratifiée par le Parlement, elle pourra toujours être contestée devant le Conseil d'État, qui a le pouvoir de l'annuler.

Lorsque le délai d'habilitation accordé par le Parlement au Gouvernement pour prendre l'ordonnance est expiré, la contestation de l'ordonnance au regard des droits et libertés garantis par la Constitution doit prendre la forme d'une QPC. Le Conseil d'État devra ainsi, si la QPC est sérieuse ou nouvelle, la transmettre au Conseil constitutionnel qui se prononcera sur ce point.

En revanche, le Conseil d'État contrôlera toujours la conformité de l'ordonnance aux autres règles et principes de valeur constitutionnelle, aux engagements internationaux de la France, aux limites fixées par le Parlement dans la loi d'habilitation et aux principes généraux du droit, ainsi qu'à des règles de compétence, de forme et de procédure. Il pourra ainsi l'annuler si elle est illégale pour l'un de ces motifs, quel que soit le sort réservé par le Conseil constitutionnel à une QPC qui lui aura été transmise.

3) Cette clarification de la répartition des rôles pour le contrôle des ordonnances non ratifiées a été réalisée dans le cadre d'un recours déposé par plusieurs syndicats contre une telle ordonnance. Ces derniers demandaient au Conseil d'État d'annuler l'ordonnance du 15 avril 2020 relative à la prise de jours de réduction du temps de travail ou de congés dans la fonction publique de l'État et la fonction publique territoriale au titre de la période d'urgence sanitaire. Par la décision de ce jour, le Conseil d'État juge que cette ordonnance, qui a imposé la prise de jours de congés et de RTT aux agents placés en « autorisation spéciale d'absence » pendant le confinement du printemps dernier, est légale. Elle est, en particulier, justifiée par les besoins du service au cours de la période d'état d'urgence sanitaire et par l'objectif de diminuer le nombre de jours susceptibles d'être pris à la reprise.

¹ [Décision n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020](#) et [décision n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020](#)

LE CONSEIL D'ÉTAT, JUGE CONSTITUTIONNEL EUROPEEN

Edouard Dubout, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Centre de droit européen

L'essentiel

Trente ans après l'arrêt Nicolo, l'évolution du contexte normatif et juridictionnel dans lequel il évolue conduit à envisager le Conseil d'État français comme un juge « constitutionnel européen ». Cela signifie qu'il est devenu non seulement juge européen de la loi interne, mais également juge interne de la loi européenne. Il participe ainsi à la construction d'une culture juridique transnationale partagée nécessaire à la structuration d'un espace complexe.

1. Présenter le Conseil d'État comme un juge constitutionnel apparaîtra aux uns comme une évidence et aux autres comme une hérésie.

Évidence de prime abord, en ce qu'il est possible de s'accorder sur le constat que la participation du Conseil d'État au contrôle de constitutionnalité des lois est désormais conçue comme inhérente à son office que ce soit a priori au stade de la préparation de la loi, et - depuis la réforme constitutionnelle introduisant la procédure de l'article 61-1 de la Constitution - a posteriori dans le cadre du filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité (1).

Hérésie néanmoins, dès lors que la sanction de l'inconstitutionnalité de la loi demeure l'apanage du Conseil constitutionnel. De ce point de vue, la jurisprudence Arrighi est toujours bien vivante (2), y compris après que le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour contrôler la loi au regard du droit européen dans l'arrêt Nicolo (3). En introduisant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), le pouvoir constituant n'a pas entendu briser la summa divisio entre le juge « ordinaire » et le juge « constitutionnel » (4). Si tant est que des « modèles » de contrôle de constitutionnalité soient concevables, la représentation dominante tend à considérer que le système français de justice constitutionnelle demeure « concentré » (5).

2. Envisager le Conseil d'État comme un juge constitutionnel européen encourt le risque d'envenimer encore davantage le débat. Les objections seront nombreuses à l'encontre de l'idée qu'il puisse exister quelque chose comme un contrôle de constitutionnalité de la loi sur le fondement d'une norme non formellement constitutionnelle.

En premier lieu, il est aisé de souligner que le contrôle de la loi inauguré dans l'arrêt Nicolò l'a été sur le fondement de la Constitution elle-même et de son article 55, auquel s'est ajouté - s'agissant du droit de l'Union - l'article 88-1. Par conséquent, il faudrait y voir un contrôle de constitutionnalité interne, intrinsèque à l'ordre juridique français, et dont l'énoncé habilitant n'a rien d'euro-péen. Cependant, la question ne peut être totalement esquivée de savoir si le Conseil d'État n'aurait pas été conduit, presque inéluctablement, à exercer ce contrôle de la loi indépendamment de tout fondement constitutionnel interne, à l'image de ce que fit la Cour de cassation dans l'arrêt Société des cafés Jacques Vabre (6). Ne pas le faire, d'une part, l'aurait exposé à ce que les recours devant lui mettant en cause une loi soient considérés comme « ineffectifs » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et partant inutiles à exercer, et, d'autre part, l'aurait fait apparaître comme un opposant au projet européen d'intégration dans son ensemble ce qui n'était probablement pas son intention. Il est d'ailleurs symptomatique à cet égard que les juridictions suprêmes des autres États membres ont pleinement accepté d'exercer un contrôle de la loi, ainsi que la Cour de justice les y a encouragés (7), alors même que leurs textes constitutionnels internes ne les y habilitaient guère pour la plupart.

En second lieu, et quand bien même il pourrait être décelé une forme de fondement européen implicite au contrôle de la loi engagé par l'arrêt Nicolò, il lui sera immédiatement opposé la qualification de contrôle de « conventionnalité » et non de « constitutionnalité » au sens strict (8). La position dominante demeure de dénier aux normes européennes, droit primaire et a fortiori droit dérivé de l'Union européenne, toute nature formellement constitutionnelle. Si bien que la qualification des juridictions européennes comme étant de nature constitutionnelle est le plus souvent contestée (9). Tout dépend à l'évidence du concept de « constitution » retenu, et s'aventurer à décliner les multiples usages et acceptions qui en sont faits mènerait l'analyse au-delà de son objet initial. Disons simplement qu'en l'absence d'un pouvoir constituant, conçu et reconnu comme tel, auquel puisse être imputée l'institution d'un nouvel ordre politique et social sur l'espace européen, l'opinion dominante demeure que les conditions ne sont pas réunies pour considérer qu'un droit pleinement constitutionnel existe au niveau européen (10). Cependant, l'argument n'emporte pas non plus pleinement la conviction au regard de la proximité substantielle des deux types de contrôle, de sorte qu'il n'est pas erroné de penser que le contrôle de conventionnalité « s'apparente, en fait, à une autre forme de contrôle de constitutionnalité » (11). Il arrive même que l'un dépende de l'autre (12). Les trois sources de protection des droits que sont la Constitution nationale, la Convention européenne des droits de l'homme et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'entrelacent à un point tel qu'il semble vain de prétendre les démêler, et qu'il n'est pas surprenant que - par souci de commodité et de sécurité - un certain nombre de juridictions constitutionnelles européennes fasse le choix d'en fusionner le contrôle (13).

3. Une manière de tenter de s'extraire des apories auxquelles mènent ces débats consiste à relier la dimension constitutionnelle et la dimension européenne de l'office du Conseil d'État, afin de l'envisager - indissociablement - comme un juge à la fois constitutionnel et européen. Est restituée de la sorte sa participation à l'émergence d'un nouveau type de constitutionnalisme dans l'espace européen.

Si l'on ramène la question de la justice constitutionnelle à son enjeu principal consistant à s'efforcer de justifier que les juges soient en mesure de « mettre la main sur la loi et donc de prendre la barre sur le politique » (14), il est probable que la configuration spécifique de l'espace juridique européen ait fortement contribué à ce que le Conseil d'État se mue en juge de la loi et du politique. Il est vrai que dans un espace globalisé et sans frontières, la loi ne peut plus demeurer cet acte miraculeux qui permet au citoyen d'exprimer simultanément par la seule grâce de son appartenance nationale une volonté individuelle et collective, par définition distinctes (15). Seul un espace clos, conçu comme un tout homogène autorise une telle fiction. Dans l'Union européenne, les frontières de la démocratie devenant évanescentes, il convient d'incorporer dans le contrôle des choix législatifs internes d'autres considérations que le seul intérêt de la collectivité nationale, ce que l'on désigne parfois comme relevant d'un « pluralisme constitutionnel » (16). À la faveur de cette acception du constitutionnalisme moderne, le déclenchement du contrôle de la loi inauguré par le Conseil d'État par l'arrêt *Nicolo* apparaît comme un moment fondateur du passage à une conception de l'exercice du pouvoir à la fois post-légicentrique et post-nationale.

Transition post-légicentrique tout d'abord, en ce que l'avènement dans l'ordre juridique français d'un contrôle a posteriori de constitutionnalité des lois sous forme de question prioritaire de constitutionnalité puise son origine dans l'arrêt *Nicolo* qui introduit un certain « malaise » dans la Constitution (17). Comme sa dénomination même l'indique, la question « prioritaire » de constitutionnalité qui marque la fin de l'ère légicentrique n'a été conçue et consacrée qu'en lien avec l'existence préalable d'un contrôle de conventionnalité de la loi (18). La loi n'étant plus cette norme infaillible, revêtue d'une autorité absolue au regard de sa capacité mystique à rendre les citoyens libres et égaux, il ne se justifie plus de ne pas en contrôler également la constitutionnalité, y compris après son adoption. On fera certainement remarquer que l'introduction d'un contrôle a priori de constitutionnalité avait déjà largement entamé le mythe révolutionnaire de la loi souveraine, mais - cantonné initialement à un rôle préventif et limité du respect des procédures d'élaboration de la loi - un tel contrôle semblait davantage construit afin de préserver le mythe fondateur plutôt que de le contester ouvertement.

Transition post-nationale ensuite, dès lors que le contrôle de la loi par le Conseil d'État a marqué la fin de la séparation des ordres juridiques interne et européen, en inaugurant le passage à une nouvelle manière d'envisager les rapports de systèmes juridiques. En donnant effet à la primauté « interne » du droit communautaire telle qu'elle avait été revendiquée par la Cour de justice (19), le juge administratif préfigure l'avènement de « l'existence d'un ordre juridique communautaire interne a l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (20). Dans la jurisprudence du Conseil d'État, la formule se traduit concrètement par l'aménagement dans l'ordre interne d'un régime spécifique propre aux normes

du droit de l'Union ainsi qu'aux dispositions nationales prises pour son application (21). Ainsi en est-il tant vis-à-vis de la Constitution (22) que vis-à-vis des normes de droit international (23). La reconnaissance de « l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne » contribue à remettre en cause la conception du droit comme un ensemble de normes hiérarchisé reflétant l'existence d'une communauté nationale fermée sur elle-même (24). Elle signifie que les choix politiques nationaux ne peuvent plus être effectués sans tenir compte de l'existence d'une collectivité plus large, dont le droit de l'Union est l'expression et dont la garantie des intérêts est assurée sur l'ensemble de l'espace européen par les différents juges nationaux en collaboration avec la Cour de justice.

4. Ni évidence ni hérésie, la suggestion que le Conseil d'État soit considéré comme un juge à la fois constitutionnel et européen requiert de reconsidérer l'organisation de l'espace normatif et juridictionnel sur lequel il évolue, et à la compréhension duquel les cadres traditionnels d'analyse ne semblent plus en mesure de parvenir de façon pleinement satisfaisante. Le Conseil d'État s'en trouve investi de nouveaux devoirs mais aussi de nouveaux pouvoirs.

Le contrôle européen de la loi interne, par l'intermédiaire notamment du renvoi préjudiciel en interprétation, reconfigure en profondeur les relations entre juridictions dans l'espace européen. Nouveaux juges de la loi, les juges « ordinaires » y acquièrent une fonction analogue à celles des juridictions constitutionnelles internes, dont le monopole de contrôle sur les choix législatifs nationaux s'en trouve fortement entamé. Ce nouveau pouvoir se paye d'un certain tribut : celui de se soumettre aux obligations d'un juge européenisé et d'observer une forme de loyauté vis-à-vis de la Cour de justice. Elle se traduit par une obligation de respecter l'interprétation donnée par la juridiction européenne et, préalablement, d'actionner le renvoi préjudiciel. Si le respect de l'autorité des arrêts préjudiciels paraît désormais acquis (25), en revanche la question de l'obligation de renvoi demeure source de quelques tergiversations, dont le Conseil d'État a fait les frais en inaugurant l'aboutissement d'une procédure de manquement judiciaire pour défaut de renvoi (26). Malgré ces frictions, qui demeurent secondaires, il faut admettre que le succès du mécanisme de renvoi préjudiciel n'est plus à démontrer, au point qu'il n'est pas anodin que le système de la Convention européenne des droits de l'homme se soit enrichi d'une voie de droit analogue (27). La relation qui se noue entre juges internes et juridictions européennes n'est toutefois pas de nature unidirectionnelle, et il serait erroné d'y trouver une nouvelle hiérarchie informelle au profit des secondes.

En acceptant de soumettre les choix politiques internes au respect du droit européen, les juges nationaux deviennent les principaux garants de l'autorité du droit de l'Union, et par conséquent les principaux responsables de sa légitimité. Cette nouvelle tâche justifie qu'ils revendiquent en retour un certain pouvoir d'influence sur les choix politiques européens. Le transfert de loyauté vers l'échelon européen s'accompagne d'une vigilance accrue quant à l'exercice du contrôle de constitutionnalité effectué à ce niveau, notamment sous la forme du renvoi préjudiciel en appréciation de validité. En ce sens, le Conseil d'État exerce également, concomitamment à la Cour de justice et aux autres juridictions suprêmes ou constitutionnelles internes, une fonction de juge constitutionnel du droit de l'Union lui-même. Il est probable qu'une telle suggestion heurte à nouveau, mais du côté des européenistes cette fois, la

conception canonique selon laquelle, d'une part, le droit de l'Union ne saurait se voir « judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit » (28), et, d'autre part, seule la Cour de justice est en mesure d'en prononcer l'invalidité (29). Il faut toutefois reconnaître que le plein respect de la première assertion demeure toujours sujet à discussion, notamment en cas de mise en cause de l'« identité constitutionnelle » du droit interne, et que la mise en oeuvre de la seconde - relative au monopole d'invalidation du droit de l'Union - s'effectue pour une large partie par le biais des juridictions internes. Il serait naïf de croire que lors du contrôle de validité des actes législatifs européens, la Cour de justice demeure indifférente aux préoccupations et argumentations des juges suprêmes ou constitutionnels internes qui la saisissent. Il faut bien plutôt penser que leur influence dans le contrôle de la loi européenne peut s'avérer déterminante à condition qu'elle soit judicieusement exercée.

Dire que le Conseil d'État est devenu juge « constitutionnel européen » doit ainsi s'entendre non seulement comme découlant de sa transformation en juge européen de la loi interne, mais également comme justifiant sa propension à s'ériger en juge interne de la loi européenne.

Le Conseil d'État, juge européen de la loi interne

5. Conçu pour et appliqué par des juges, le droit européen investit les juridictions nationales d'un pouvoir de contrôle sans cesse plus large et plus profond des choix législatifs internes. En tant que juge de la loi interne sur le fondement du droit européen, le Conseil d'État exerce un contrôle de nature duale, relatif tant à la qualité de la loi interne, ce que l'on peut désigner comme relevant d'un contrôle formel, qu'au contenu de la loi interne, ce qui l'habilite à exercer un contrôle substantiel. Ces deux formes de contrôle provoquent des transformations profondes dans la manière de concevoir le rapport entre le juge et le législateur dans l'ordre interne.

L'apparition d'un contrôle formel de la loi

6. En ce que la manière avec laquelle la loi interne est élaborée et adoptée relève en premier chef des dispositifs constitutionnels nationaux, il n'est guère surprenant que le Conseil d'État, dans sa fonction juridictionnelle, ne s'y aventure que rarement sur le fondement du droit européen (30). Une évolution se dessine néanmoins. L'immixtion grandissante du droit européen dans l'encadrement de la qualité du processus décisionnel interne l'habilite désormais à exercer un contrôle sous un angle davantage formel, susceptible de faire double emploi avec celui exercé - plus classiquement - par le Conseil constitutionnel. C'est ainsi vers un contrôle élargi à une dimension légistique que s'oriente progressivement la fonction constitutionnelle européenne du Conseil d'État.

7. La dimension formelle des contraintes imposées par le droit européen sur la production normative interne se fait croissante. Pareil glissement s'explique par une recherche de plus

grande légitimité de la norme, tant au niveau européen qu'interne, qui justifie d'élargir la contrainte sur la manière avec laquelle les choix politiques nationaux sont effectués et formalisés. Le Conseil d'État s'en trouve investi d'un contrôle de type procédural.

Il arrive de plus en plus fréquemment que le droit de l'Union impose expressément des obligations de nature procédurale. Tel est notamment le cas en matière environnementale, domaine dans lequel est notamment faite obligation aux pouvoirs publics nationaux d'organiser des mécanismes participatifs ou encore évaluatifs préalablement à l'adoption de tout acte normatif autorisant certains projets, tout en garantissant postérieurement un accès effectif aux juridictions nationales chargées d'en vérifier le respect. Sur ce fondement, le Conseil d'État vérifie le respect des procédures d'élaboration des normes internes en matière environnementale, et sollicite la Cour de justice sur la portée à donner aux éventuelles irrégularités constatées (31). Si les normes internes ainsi encadrées d'un point de vue procédural sont généralement de nature administrative, leur nature législative ne suffit pas à les dispenser du respect des exigences européennes (32). De façon plus générale, l'ambition des institutions de l'Union d'améliorer la qualité de leur propre production normative risque de déborder sur la confection des lois internes, en étendant aux législateurs nationaux les contraintes procédurales encadrant le processus législatif européen (33). La démarche européenne offre ainsi une assise juridique à la volonté exprimée par le Conseil d'État de participer plus activement à l'amélioration de la qualité du droit, le cas échéant dans l'exercice de sa fonction contentieuse (34).

Une tendance à lier le fond à la forme est également présente dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) (35). Dans le prolongement de sa jurisprudence *Hatton c/ Royaume-Uni* rendue en matière environnementale (36), la juridiction européenne a par la suite focalisé son contrôle sur la qualité des débats législatifs au sein du Parlement britannique dans l'affaire *Animal Defender c/ Royaume-Uni* en vue de vérifier qu'un juste équilibre avait pu être trouvé entre des intérêts contradictoires en matière audiovisuelle et de publicité politique (37). Dans ces affaires, c'est en définitive la manière avec laquelle la loi interne a été adoptée et contrôlée qui devient déterminante pour juger de sa conventionnalité. Concernant la France, l'importance de la dimension procédurale de la prise de décision a été mise en avant par le Conseil d'État afin de statuer sur la question de l'interruption des « traitements » dans la délicate affaire *Lambert* (38). Dans son arrêt rendu dans la même affaire, la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir considéré que la loi française était suffisamment « claire », a insisté longuement - et ce fut là un élément déterminant - sur la manière avec laquelle le processus décisionnel permettait de parvenir à une solution qui puisse passer pour suffisamment juste et équilibrée (39). Une évolution sensible tend ainsi à déplacer le centre de gravité du contrôle européen sur la procédure, et non plus uniquement sur le fond de la norme, ce qui investit le juge interne d'un pouvoir de contrôle de la légitimité procédurale des actes nationaux. À terme, il paraît difficilement évitable que l'élaboration de la loi interne elle-même n'y soit pas plus fréquemment soumise.

8. L'avènement d'un examen de la qualité formelle de la loi interne sur le fondement du droit européen risque de provoquer des interférences avec le contrôle classique de constitutionnalité,

tel qu'effectué par le Conseil constitutionnel s'agissant notamment des objectifs à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi.

Si le Conseil constitutionnel délègue au Conseil d'État l'essentiel du contentieux de la validité des lois de transposition des directives européennes, et même désormais d'application des règlements européens, en raison notamment de la plus grande facilité avec laquelle le juge administratif peut actionner le renvoi préjudiciel, ce partage des rôles ne joue plus lorsque sont en jeu des risques d'inconstitutionnalité formelle des actes internes de mise en oeuvre du droit de l'Union. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel en a décidé, en revenant sur sa jurisprudence antérieure (40), dans sa décision *Secret des affaires* selon laquelle les exigences constitutionnelles de bonne transposition et application du droit de l'Union « ne dispensent pas (...) le législateur du respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » (41). Il en découle qu'une loi interne de mise en oeuvre du droit de l'Union peut être invalidée par le Conseil constitutionnel sur le fondement du manque de qualité formelle du texte, y compris a priori, avant même que le Conseil d'État ou a fortiori la Cour de justice n'en aient été saisis. D'un côté, cela se comprend aisément en ce que le contrôle du Conseil constitutionnel ne paraît pas empiéter sur les arbitrages politiques de fond décidés au niveau européen. Mais d'un autre côté, un risque de divergence de vues en découle, notamment dans l'hypothèse où les exigences procédurales du droit européen liées à la qualité de la loi interne ne coïncideraient pas avec celles retenues par le Conseil constitutionnel. En outre, il n'est pas rare, notamment au niveau de l'Union, que l'ambiguïté d'un texte soit précisément le fruit d'un compromis politique de fond, et non pas simplement une question de forme.

Parallèlement à cette réappropriation du contentieux formel de la loi par le Conseil constitutionnel, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme paraît également s'engager vers un contrôle plus légistique de la qualité des dispositions législatives internes. Initialement, la jurisprudence européenne se montrait assez peu regardante quant à la condition qu'une norme de droit interne doive être « prévue par la loi » afin d'être compatible avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que le mentionne notamment le second paragraphe de ses articles 8 à 11, dont la formule est reprise à l'article 52, paragraphe 1er, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Entendue au sens matériel la notion de « loi » était ramenée à celle de « droit », au sens d'existence d'un support juridique valide. Néanmoins, une attention progressivement plus soutenue a été donnée à la notion de « loi » au sens de la Convention afin d'y rattacher des exigences de clarté, de précision, et de prévisibilité suffisantes. Dans l'affaire *Delfi c/ Estonie*, la Cour européenne rappelle avec plus d'insistance qu'auparavant que « les mots "prévue par la loi" (...) non seulement imposent que la mesure incriminée ait une base légale en droit interne, mais visent aussi la qualité de la loi en cause : ainsi, celle-ci doit être accessible aux justiciables et prévisible dans ses effets » (42). Le contrôle demeure assez limité, mais il tend à se renforcer et à faire clairement double emploi avec celui exercé par le Conseil constitutionnel. Une condition supplémentaire - assez sibylline et potentiellement problématique - est même parfois exigée, tenant au respect de la « prééminence du droit », synonyme dans le langage conventionnel de la *rule of law*. En pratique, elle se rapproche du grief constitutionnel d'incompétence négative du législateur, qui n'aurait pas suffisamment encadré dans la loi les conditions de mise en oeuvre de ses choix politiques. Dans l'arrêt *Halabi c/ France* par exemple, concernant la partie législative du code de

l'urbanisme, la juridiction européenne émet des doutes sur le respect de cette condition par la loi française en ce qu'elle ne précise pas suffisamment les conditions d'intervention des autorités exécutives ni les garanties entourant leur intervention (43). L'enchevêtrement des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité se poursuit de la sorte sur un terrain procédural et formel.

9. Sous l'influence européenne, le Conseil d'État se fait progressivement juge de la qualité de la loi interne quant à la forme. Si, de façon plus traditionnelle, il demeure avant tout le juge du fond de la loi au regard du droit européen, sa manière d'exercer un tel contrôle évolue aussi sensiblement au point qu'il tende à raisonner selon une logique davantage européanisée.

L'adaptation du contrôle substantiel de la loi

10. D'un point de vue substantiel, l'évolution du contrôle juridictionnel du législateur national se traduit par la montée en puissance d'un examen de proportionnalité qui, s'il est loin d'être inconnu du droit administratif français, prend à la faveur du droit européen une ampleur considérable et une signification particulière. La technique de contrôle de la loi employée par le Conseil d'État prend désormais une tournure hybride, marquée d'objectivisme et de subjectivisme.

11. L'examen juridictionnel de compatibilité de la loi interne au droit européen s'est naturellement fondu dans le raisonnement traditionnel, de facture syllogistique, objective et concise, du juge administratif français (44). Le contrôle qui en découlait a pu paraître initialement relativement restreint, expliquant l'absence de réel bouleversement à la fois de l'autonomie du législateur et de l'office du juge dans l'ordre interne.

Il est vrai que plusieurs raisons paraissent s'opposer à ce que le Conseil d'État pratique un contrôle approfondi de la loi interne qu'impliquerait un examen rigoureux et structuré de la proportionnalité tel qu'il est plus souvent pratiqué au niveau européen. Institutionnellement tout d'abord, en tant que conseiller du gouvernement, il est de la fonction du Conseil d'État de prévenir les risques de contrariété de la loi au droit européen, si bien que - sans remettre en cause son impartialité - il demeure une forme de contradiction pour lui à se « déjuger » lors de l'exercice du contrôle a posteriori de la loi, ou plus précisément à risquer de remettre en cause l'appréciation faite a priori par une autre de ses formations. Culturellement ensuite, dans la tradition républicaine française, le contrôle de proportionnalité véhiculé par le raisonnement des juges européens est perçu comme étant susceptible de remettre en cause la souveraineté de la loi. Or le contrôle de proportionnalité tel que développé au niveau européen (avec toutefois quelques nuances entre les deux juridictions européennes) et systématisé par une doctrine d'origine germanophone (45), nécessite d'examiner successivement l'aptitude d'une mesure à atteindre un but légitime, sa nécessité et l'absence d'alternative moins contraignante pour

atteindre aussi efficacement le but envisagé, et enfin sa proportionnalité au sens strict sous forme d'une mise en balance entre les avantages escomptés et les inconvénients provoqués. Le déploiement d'un tel contrôle par définition approfondi, qui implique un effort de dévoilement des arguments politiques - voire éthiques - invoqués par les parties au conflit, risque de faire apparaître le juge comme un rival du législateur.

Voilà qui explique probablement que le langage de la proportionnalité ait mis un certain temps à pénétrer le discours du Conseil d'État, qui ne l'a longtemps utilisé que de façon implicite, médiate, et partielle. Cela a pu sembler un temps suffisant, l'équivalence entre les deux formes de contrôle étant rapidement présumée ; les mots de Guy Braibant demeurant célèbres selon lesquels « le juge administratif français a, en somme, appliqué le principe de proportionnalité sans le savoir, ou, plus exactement, sans le dire » (46). Si bien qu'en pratique, les cas de constat de disproportion de la loi française au regard du droit européen se sont avérés assez rares (47), le juge français préférant souvent user de son pouvoir d'interprétation afin de concilier les normes en présence dans la logique de la jurisprudence Bitouzet (48). Toutefois, le décalage méthodologique entre les deux niveaux de contrôle ne pouvait que laisser craindre que le Conseil d'État ne paraisse pas pleinement exercer son office européen, et il est même arrivé qu'un constat de proportionnalité d'une disposition législative délivré par le Conseil d'État au regard des libertés communautaires de circulation soit par la suite ouvertement remis en cause par la Commission européenne, conduisant le législateur national à réviser son texte (49). Si les effets d'un tel décalage méthodologique dans le maniement de la proportionnalité ne se sont pas traduits par des divergences trop manifestes de jurisprudence, c'est finalement parce que le législateur français lui-même, le cas échéant épaulé par le Conseil d'État en tant que conseiller, s'est montré soucieux d'anticiper d'éventuelles condamnations européennes en intégrant les contraintes européennes dans son logiciel politique (50). Une plus grande convergence des modes de raisonnement juridictionnel semblait cependant inévitable à moyen terme.

12. Plus récemment, le recours à la proportionnalité comme technique européanisée de contrôle de la loi interne semble progressivement s'imprégner davantage en profondeur dans l'appareil intellectuel du Conseil d'État français, ce qui continue toutefois de soulever certaines difficultés au moment de basculer dans un plein contrôle substantiel de la loi.

L'usage de la technique de proportionnalité comme contrôle approfondi et structuré de la loi interne sur le fondement du droit européen est généralement considéré comme ne faisant réellement son apparition que dans l'arrêt *Association pour la promotion de l'image et autres*, à l'occasion duquel le Conseil d'État déploie un triple test successif d'adéquation, de nécessité, et de proportionnalité tel qu'il est pratiqué au niveau européen, sur le modèle allemand. Selon les mots de Jean-Marc Sauvé, une telle méthodologie « permet de mieux expliciter le raisonnement suivi et d'exercer, de manière plus fine et plus ciblée, le contrôle » (51). Saisi en l'occurrence d'un acte administratif, le juge y pratique un test d'efficacité comparative, afin d'estimer qu'une mesure de conservation de l'ensemble des empreintes digitales des titulaires de passeport n'était pas strictement nécessaire au but poursuivi d'identification de ces personnes (52). Toutefois, même dans cette hypothèse, le contrôle de proportionnalité demeure effectué « à la française »,

selon un tropisme objectiviste d'un contrôle d'une norme, et non de son application concrète ; ce qui limite la prise en compte des circonstances de l'espèce et rend difficile un véritable contrôle de proportionnalité stricto sensu lorsque sont en jeu des intérêts et des valeurs abstraitement envisagés.

Un pas supplémentaire vers une pleine européanisation du mode de raisonnement juridictionnel a été franchi dans l'arrêt Gonzalez Gomez à l'occasion duquel le Conseil d'État s'est engagé plus ouvertement (53) dans la voie d'un examen de proportionnalité in concreto de la loi interne (54). La portée de ce passage à un contrôle plus proche du logiciel européeniste a été discutée, certains y voyant une décision en équité (55), ou d'autres une solution isolée (56). Il est vrai qu'une double caractéristique marquait la décision tenant, d'une part, au choix de l'abandon de la jurisprudence Carminati c/ Allouache qui manifestait la résurgence de la théorie de la « loi écran » dans le cadre du contentieux du référé-liberté (57), et, d'autre part, à la circonstance que la loi litigieuse en posant une interdiction requerrait une compétence liée de l'administration en la privant de tout pouvoir de mise en oeuvre autonome. Si bien que par la suite le passage à un contrôle de proportionnalité concret de la loi a pu sembler difficile à pratiquer (58). L'explication vient probablement de ce que le contrôle in concreto est conçu par le Conseil d'État comme succédant et affinant la grossièreté - si on ose dire - du contrôle de proportionnalité in abstracto. Cependant, du point de vue de la protection des droits fondamentaux, il est difficile de comprendre le contrôle de proportionnalité autrement que comme impliquant un certain degré d'analyse in concreto. Non seulement la protection de droits conçus comme subjectifs appelle la prise en compte des faits propres à la situation individuelle en cause dans leur conciliation avec un intérêt contraire, mais en outre l'attachement au factuel est précisément ce qui permet de mieux justifier que le juge puisse contrôler la volonté du législateur afin de caractériser légitimement un excès ou une carence de sa part sans apparaître comme substituant sa propre appréciation à celle de l'organe démocratique (59). En conséquence, si le contrôle concret n'est certes pas absolument nécessaire à l'examen de la proportionnalité de la loi, en revanche le contrôle abstrait ne saurait non plus être considéré comme absolument suffisant afin de délivrer une solution suffisamment justifiée et adaptée. Toutefois le passage à un contrôle concret, factuel et circonstancié, implique un bouleversement en profondeur de la culture juridique française, non seulement du mode de rédaction et d'argumentation des décisions de justice, mais également de la conception même du droit comme outil rationaliste de connaissance d'énoncés conçus comme objectifs (60). Il explique probablement l'inconfort du juge français au moment de basculer pleinement dans le contrôle de proportionnalité.

13. Nul doute que les évolutions successives et progressives de son office en tant que juge européen de la loi interne ont profondément modifié tant la conception traditionnelle de la loi en droit français que la manière de faire du droit du Conseil d'État, voire en définitive l'idée même de droit qu'il façonnait. Si d'une certaine façon l'ordre juridique français s'en trouve pour partie européanisé, en retour la fonction constitutionnelle européenne du Conseil d'État lui offre la capacité de faire entendre sa voix au niveau européen, à travers l'exercice de sa fonction de juge interne de la loi européenne.

Le Conseil d'État, juge interne de la loi européenne

14. Juge de la loi interne, le Conseil d'État est également - quoique moins directement - juge de la loi européenne. L'un justifiant l'autre serait-on tenté d'ajouter. C'est bien parce qu'il accepte de soumettre les choix politiques nationaux à la contrainte européenne, qu'un droit de regard sur les choix politiques européens peut légitimement être revendiqué. Ce droit de regard sur le législateur européen s'exerce notamment par le biais du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, qui permet au Conseil d'État d'exprimer ses éventuels doutes quant au plein respect par les institutions européennes des règles supérieures du droit de l'Union. Toutefois, contrairement à celui consacré à l'interprétation du droit de l'Union, l'usage du renvoi préjudiciel en appréciation de validité des actes législatifs européens par le juge français demeure à la fois parcimonieux et partiel (61). Les hypothèses dans lesquelles une telle procédure a été activée sont rares, quoique célèbres (62). En outre, elles concernent uniquement le respect des droits fondamentaux, tandis que le respect des compétences nationales pourrait offrir un nouveau terrain à la participation du Conseil d'État au contrôle de constitutionnalité de la loi européenne.

Un contrôle du respect des droits

15. Les doutes qu'a pu exprimer le Conseil d'État quant à la validité d'actes législatifs européens l'ont tous été sur le fondement du respect des droits fondamentaux, illustrant la fonction constitutionnelle palliative du contrôle exercé par le Conseil d'État face à l'immunité constitutionnelle dont bénéficient les actes internes d'application du droit de l'Union telle qu'elle a été dégagée par Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution (63). Le risque que de tels actes internes puisant leur autorité dans le respect du droit de l'Union ne soient laissés incontrôlés est évité par la faculté de contester la validité de ce dernier sous forme d'un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice. Une correspondance constitutionnelle s'établit alors entre les deux ordres juridiques et leurs juridictions suprêmes respectives. La tournure de cette relation semble toutefois évoluer vers une volonté du Conseil d'État de participer plus activement à la définition des standards de protection des droits à l'échelle européenne.

16. Initialement, l'attitude du Conseil d'État en matière de renvoi préjudiciel en appréciation de validité d'une loi européenne semblait se cantonner à une posture assez neutre, de simple courroie de transmission, destinée à permettre à la Cour de justice de se prononcer sereinement sur les choix politiques européens tout en réduisant à leur portion congrue les hypothèses de divergence.

Il ne fait guère de doute que la décision prise dans l'arrêt *Arcelor* de renvoyer à la Cour de justice l'appréciation de la validité d'une directive dont un règlement administratif faisait application dans l'ordre interne doive être vue comme une marque de bienveillance à l'égard du principe de primauté du droit de l'Union et une manifestation de volonté d'évitement du conflit constitutionnel (64). L'opération consistant à établir une présomption d'équivalence entre les

standards constitutionnels internes et européens en vue de « traduire », selon la formule du commissaire du gouvernement, la question de droit de l'ordre juridique français vers celui de l'Union est trop célèbre pour s'y attarder. On notera toutefois que, sur la forme, la question de validité posée à la Cour de justice l'a été de façon particulièrement mesurée, le Conseil d'État prenant le soin d'y mentionner les motifs susceptibles de justifier la validité de la directive (65). Quant au fond, la bienveillance était encore plus évidente, tant il est notoirement connu que la signification du principe d'égalité qui se trouvait au cœur du litige diverge assez nettement entre le droit français et le droit européen, en ce qu'il n'impose nullement de traiter distinctement les situations différentes (66). Le Conseil d'État en dissimula habilement l'existence en mentionnant que la méconnaissance de la version européenne du principe était « notamment » susceptible de résulter d'un traitement différent de situations comparables (67), évitant à la Cour de justice de se pencher sur le point de savoir, soulevé pourtant par la société requérante, si un traitement différencié aurait dû lui être appliqué (68). Tout est ainsi fait pour qu'une issue apaisée soit trouvée. L'année suivante, dans l'arrêt Conseil national des barreaux, le Conseil d'État se refusa même à interroger la Cour de justice sur la validité d'une directive relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux illicites, en considérant que l'entorse qu'elle prévoyait au respect du secret professionnel tel que protégé par le droit au respect de la vie privée était manifestement justifiée (69).

La volonté du Conseil d'État de ne pas s'immiscer trop avant dans l'office de la Cour de justice en tant que juge de la constitutionnalité de la loi européenne se retrouve dans les différentes décisions postérieures à l'issue desquelles il reconnaît ouvertement l'existence d'un niveau satisfaisant de protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne, et l'inexistence corrélative d'un risque d'atteinte à l'identité constitutionnelle de l'ordre juridique français. C'est ainsi qu'en tant que juge du filtre du contrôle a posteriori de la loi, il a réitéré sa position selon laquelle la liberté d'entreprendre, en ce comprise la liberté contractuelle, ne mettait en cause aucune règle ni aucun principe inhérent à l'identité constitutionnelle (70). Il en a été de même concernant la question sensible de la liberté d'expression et de communication. Un échange en deux temps s'est noué entre le Conseil d'État et la Cour de justice. Dans l'affaire Société Neptune, le juge français a renvoyé à la Cour de justice l'appréciation de la validité d'une directive qui, combinée à un règlement, interdisait de faire apparaître sur des emballages de bouteilles d'eau minérale certaines mentions mettant en avant leur faible teneur en sodium (71). Bien que la tonalité du renvoi fût plus circonspecte quant à la validité du texte européen, en raison notamment des rapports d'expertise dont faisait mention la décision de renvoi, la Cour de justice conclut à la validité du texte législatif européen en procédant à un contrôle relativement réduit de la proportionnalité eu égard à la marge d'appréciation du législateur européen sur une question d'ordre économique et social (72). Son examen emporta la conviction du juge français. L'année suivante, dans un arrêt *Société de distribution de Meidiapart*, le Conseil d'État considéra, à nouveau dans l'exercice de sa fonction de filtre et d'aiguilleur des contrôles, que le standard de protection de l'article 10 de la Charte des droits fondamentaux offrait une protection équivalente à celle garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (73), entraînant dans son sillage le Conseil constitutionnel qui refusa à son tour de voir dans le standard national de protection de la liberté d'expression une garantie inhérente à l'identité constitutionnelle française (74). N'est probablement pas étranger à cette marque de confiance sur une question aussi sensible le rôle médian joué par la Convention européenne des droits de l'homme, dont la jurisprudence se diffuse de part et d'autre des ordres juridiques des États membres et de l'Union, facilitant la convergence des standards de protection.

17. De façon plus récente, une tendance s'observe cependant vers un certain durcissement du ton général - bien que toujours courtois - des renvois préjudiciels concernant la validité de la loi européenne et l'interprétation souhaitable du degré de protection des droits fondamentaux, marquant une volonté du juge français de peser davantage dans le contrôle de constitutionnalité à l'échelle européenne. Au point que tout risque de conflit n'est pas à écarter.

Le renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité décidé par le Conseil d'État dans l'affaire Confédération paysanne et a. est symptomatique du souhait du juge français de participer plus activement au contrôle de la loi européenne (75). Mettant en cause une directive autorisant la dissémination des organismes génétiquement modifiés obtenus par mutagenèse, en ce que les techniques scientifiques postérieures permettaient de mettre au point des organismes dont la dangerosité pour l'environnement et la santé ne pouvait être connue au moment de son adoption, le Conseil d'État a invité la Cour de justice - au terme d'un exposé assez fouillé - à s'assurer que le texte législatif européen était bien conforme aux exigences du principe de précaution, tel que garanti par le droit primaire de l'Union. Sous la menace qu'à défaut d'y répondre de façon suffisamment convaincante, le respect du principe national de précaution protégé par la Charte de l'environnement ne soit réactivé, la Cour de justice suivit la voie indiquée par le juge français et fit le choix de procéder à une actualisation du contrôle de validité de la loi européenne, en recourant à cette fin à une réécriture de la directive (76). Pour le justifier, elle mentionna expressément les éléments mis en avant par le Conseil d'État dans sa décision de renvoi (77). La volonté d'implication du juge français dans l'interprétation de la loi européenne fut ainsi entendue. Il est vrai qu'entre le renvoi de l'affaire Arcelor et celui de l'arrêt Confédération paysanne, la Cour européenne des droits de l'homme s'était invitée au débat en incitant les juridictions suprêmes nationales à faire preuve d'une plus grande vigilance dans leur rôle de transmetteur des contestations de la validité des actes législatifs européens, sinon immunisés de tout contrôle juridictionnel par les requérants particuliers en vertu de la jurisprudence restrictive de la Cour de justice sur le recours en annulation (78) Dans l'arrêt Michaud c/ France, la juridiction conventionnelle considéra qu'à défaut pour le juge français d'avoir interrogé la Cour de justice sur la validité de la directive relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux illicites lors de l'arrêt précédemment évoqué Conseil national des barreaux, il lui revenait de juger directement de la conventionnalité du droit de l'Union au regard du droit au respect de la vie privée, par exception à la présomption d'équivalence posée dans l'arrêt Bosphorus qui fait en principe écran à un tel contrôle (79). De façon plus générale, l'obligation faite par la Cour européenne des droits de l'homme aux juridictions suprêmes nationales de dûment motiver leurs décisions de ne pas renvoyer une question préjudicielle à la Cour de justice participe probablement d'un renforcement du rôle des juridictions nationales dans l'appréciation de la légalité européenne (80).

Qu'un conflit d'interprétation des droits fondamentaux puisse dès lors surgir sur l'espace européen n'est pas à écarter. Il faillit bien éclater en Italie concernant la portée à donner au principe de légalité des délits et des peines, obligeant la Cour de justice à un volte-face peu convaincant (81). À l'égard de la France, l'hypothèse de sa survenance est provenue de l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'équilibre à établir entre la protection de la sécurité publique et la protection de la vie privée sur l'espace européen en matière de

conservation des données numériques. Après avoir considéré, dans l'arrêt *Digital Rights Ireland et a.*, que l'objectif de sécurité ne saurait justifier une conservation généralisée et sans indice préalable des données des citoyens européens en invalidant l'acte législatif européen qui prévoyait une telle mesure (82), la Cour de justice en a étendu le respect aux législations nationales dans un arrêt *Tele2 Sverige* sur le fondement, discutable, d'une directive européenne (83). Toutefois le contexte sécuritaire ayant nettement changé entre ces deux décisions en raison de la multiplication et de l'aggravation d'attentats terroristes sur le territoire des États membres, les législateurs nationaux ont pour un certain nombre fait le choix de ne pas respecter la position favorable à la protection des données personnelles adoptée par la Cour de justice. Placé face à un dilemme de devoir choisir entre sa fonction de juge européen de la loi interne et de celle de juge interne de la loi européenne, le Conseil d'État a adressé dans l'arrêt *Quadrature du Net et a.* une question préjudicielle à la tonalité nettement sceptique (84). En vue de susciter une évolution de la position jurisprudentielle européenne, il prend le soin de reformuler les termes du débat juridique en rattachant la lutte contre la criminalité au droit fondamental à la sûreté des citoyens, tel que protégé par l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux, en plaçant la Cour de justice face à un conflit de droits fondamentaux. En outre, en mentionnant que - de son point de vue - la mesure litigieuse de conservation des données est d'une « utilité sans équivalent » pour la protection du droit fondamental à la sécurité (85), le juge français remet ouvertement en cause le contrôle européen de proportionnalité auquel avait procédé la Cour de justice dans l'affaire *Digital Rights Ireland*. Cette situation délicate, dans laquelle l'issue des contrôles des actes législatifs internes et européens fait débat sur une question politique particulièrement sensible, illustre l'ambivalence de la situation charnière dans laquelle peut se trouver le juge interne dans l'exercice d'un « double » contrôle, européen et interne, de constitutionnalité. À terme, il faudra probablement envisager d'aménager un statut spécifique aux juridictions nationales qui, comme le Conseil d'État français, jouent un rôle pivot dans l'espace constitutionnel européen (86).

18. La participation grandissante des juridictions suprêmes ou constitutionnelles internes au contrôle de la loi européenne interroge le degré de pluralisme que l'ordre juridique européen est capable de tolérer sans avoir à poser la question, largement insoluble, de savoir qui détient réellement le pouvoir du dernier mot dans l'espace européen. Si le Conseil d'État adopte une stratégie plutôt conciliante et persuasive, d'autres juridictions se sont montrées plus agressives en se plaçant sur le terrain du respect de la répartition des compétences par les actes législatifs européens.

Vers un contrôle du respect des compétences ?

19. Pour l'instant, le Conseil d'État ne s'est guère aventuré sur l'autre versant du constitutionnalisme européen qu'est la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres. Il est vrai que ce type de contentieux, dit de la base juridique, demeure principalement l'objet de recours interinstitutionnel directs devant la Cour de justice, que ce soit entre les États et l'Union ou entre institutions de l'Union. Toutefois, le renvoi préjudiciel peut également l'alimenter. Sans surprise, ce sont les juridictions constitutionnelles plus familières avec le fonctionnement du fédéralisme qui ont décidé de faire entendre leur voix à ce sujet. Il n'est pas

à écarter que le juge français s'y immisce également dans le cadre du contrôle de validité des actes législatifs européens, que ce soit au moment de déterminer l'existence d'une compétence européenne ou d'en encadrer l'exercice.

20. Affirmer l'existence d'une compétence européenne soulève l'enjeu démocratique de savoir jusqu'où, en ratifiant les traités constitutifs, les peuples européens ou leurs représentants ont entendu transférer une partie de leur autonomie politique aux institutions de l'Union. Si la Cour de justice entend bien conserver l'exclusivité de la résolution du contentieux de la délimitation des compétences européennes, elle est désormais ouvertement concurrencée par les juges constitutionnels internes sur le fondement du contrôle dit de l'*ultra vires*.

Dans la première question préjudicielle de son histoire qu'elle adressa à la Cour de justice, la juridiction constitutionnelle allemande s'interrogeait dans l'affaire *Gauweiler et a.* de façon ouvertement sceptique sur la validité d'une décision de la Banque centrale européenne, au motif qu'elle aurait été prise en dépassement des limites des compétences attribuées par les traités à l'Union en matière monétaire (87). Dans la question posée, l'*ultra vires* est présenté comme provenant de la mise cause du principe de la souveraineté du Parlement national sur les questions budgétaires, et par conséquent portant atteinte à l'identité même de l'ordre juridique allemand. Dans la décision de saisine, une distinction est ainsi faite entre ce qui relèverait de l'identité « nationale » de l'État allemand, dont la définition pourrait revenir à la Cour de justice sur le fondement de l'article 4, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne (TUE), d'une part, et ce qui ressortirait en revanche de l'identité « constitutionnelle », dont seule la juridiction constitutionnelle interne serait valablement en mesure de tracer les contours (88). Si la Cour de justice s'écarta de la position suggérée par le juge constitutionnel allemand afin d'estimer que l'acte litigieux entrait bien dans le champ des compétences de l'Union (89), la Cour de Karlsruhe ne s'avoua pas pour autant vaincue en interrogeant à nouveau la juridiction européenne sur la validité d'une autre mesure européenne proche, prise également dans le domaine monétaire, tout en recevant une réponse identique (90). Il semblerait ainsi que le terrain de la répartition des compétences deviennent un prochain enjeu majeur des rapports entre les juridictions constitutionnelles ou suprêmes internes et la Cour de justice.

Rien ne paraît s'opposer à ce que le Conseil d'État participe à ce débat constitutionnel sur les compétences. Il est connu que dans le système constitutionnel français la question du transfert de compétence ne soit pour l'instant abordée qu'en amont, au moment de la ratification des traités européens, à travers le critère, assez flou, de l'« atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » (91). Si la tâche en incombe au Conseil constitutionnel notamment sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, il faut penser qu'une fois le traité constitutif ou de révision ratifié, le transfert de compétence devient couvert par l'article 88-1 qui y renvoie. Par conséquent, la question de la constitutionnalité d'un acte interne de mise en oeuvre d'un acte législatif européen pris en violation de la répartition des compétences devrait logiquement être envisagée à travers la faculté pour le Conseil d'État de saisir à titre préjudiciel la Cour de justice sur la validité de l'acte européen. À titre d'exemple, concernant le contentieux de l'octroi de mer, le juge judiciaire avait saisi la Cour de justice non seulement du respect de la libre circulation des marchandises mais également du recours à l'ex-article 235 CE (devenu

352 TFUE) comme base juridique de la décision du Conseil autorisant la mise en place de la taxe litigieuse (92). Dans une démarche similaire, il semble envisageable que le Conseil d'État puisse interroger la Cour de justice sur le respect de la répartition des compétences par les institutions législatives de l'Union, le cas échéant en suggérant sa propre interprétation de leurs limites. Par ailleurs, une fois l'existence de la compétence européenne acquise et ses limites tracées, ses modalités d'exercice sont également susceptibles d'être contestées par le biais d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité.

21. L'exercice des compétences au niveau européen concentre l'attention sur la question de la justiciabilité des principes de subsidiarité et de proportionnalité, qui - selon l'article 5, paragraphes 3 et 4 TUE - en conditionnent l'usage. Bien que délicate au regard de la dimension politique de tels principes, la participation du Conseil d'État à leur contrôle est à envisager.

Au contrôle de l'exercice des compétences, il faut bien admettre que la participation des juges, qu'ils soient européens ou internes, demeure peu praticable bien que difficilement évitable. Saisie par voie préjudicielle par la chambre administrative de la Haute Cour de justice britannique de la validité d'un acte législatif européen réglementant le commerce de la cigarette électronique, la Cour de justice a répété son embarras à mener un examen approfondi de la subsidiarité et de la proportionnalité de l'action politique européenne (93). Si la proportionnalité peut trouver un regain de vigueur au moment de vérifier, comme on l'a vu, le respect par le législateur de l'Union des droits et principes fondamentaux de la Charte, en revanche la subsidiarité demeure largement question d'un contrôle exercé « avant tout au niveau politique » et de nature plus procédurale que substantielle (94). Si bien que tant la Cour de justice que les juges nationaux ne se trouvent pas les mieux placés pour exercer un tel contrôle. Néanmoins, à défaut de réel contrôle politique, le contrôle juridictionnel de la subsidiarité pourrait acquérir progressivement un poids plus important.

Certes, le Traité de Lisbonne a entendu confier aux organes parlementaires nationaux, et non pas aux juridictions internes, un rôle renforcé dans le contrôle du déclenchement de l'action législative européenne, conformément à l'article 12 b) TUE et au Protocole n° 2 aux traités. Sur ce fondement, l'article 88-6 de la Constitution française confère aux deux chambres la possibilité de saisir la Cour de justice d'un recours alléguant la violation du principe de subsidiarité par un acte législatif européen. Toutefois, cette procédure originale n'enlève pas toute utilité à la perspective de permettre au justiciable d'invoquer un grief tiré du non-respect des principes de subsidiarité ou de proportionnalité comme le révèle l'usage parcimonieux (95) fait de la procédure de l'article 88-6, qui n'a pour l'instant abouti à aucun recours juridictionnel devant la Cour de justice alors même qu'en vertu de l'alinéa 4 un tel recours est de droit sur demande de soixante députés ou soixante sénateurs. Le logiciel fédéral européen n'a pas encore gagné l'esprit des organes politiques. Il revient aux citoyens et aux juges de s'en emparer en vue de structurer des principes communs d'exercice des compétences à l'échelle européenne.

22. En définitive, il faut croire que l'aventure européenne du Conseil d'État français débutée avec l'arrêt Nicolo ne fait encore que commencer. En devenant juge européen, le Conseil d'État s'est fait juge constitutionnel. Jusqu'à présent, il n'a fait qu'un usage modéré tant de son pouvoir de contrôler la loi interne que de celui de participer au contrôle de la loi européenne. Outre la sensibilité inhérente à tout contrôle du juge sur le législateur, qu'il soit interne ou européen, la prudence du Conseil d'État s'explique probablement par l'acculturation qu'implique le passage à l'exercice d'une fonction constitutionnelle européenne. De profondes transformations - pour la plupart peu prévisibles - de son office, de l'étendue de son contrôle, et même de sa manière de raisonner, en résultent et amorcent un renouvellement de la culture juridique française. À l'avenir une plus grande implication dans la définition des équilibres de valeurs et de pouvoirs à l'échelle européenne est à prévoir, participant cette fois de la formation d'une culture juridique proprement européenne, permettant des échanges pluri-directionnels d'arguments et de raisonnements. En contribuant et s'adaptant à l'évolution de l'espace juridique européen, le Conseil d'État a su conserver un rôle central dans la construction d'un système équilibré d'exercice du pouvoir politique, dans une configuration devenue réticulaire au sein de laquelle coexistent de nombreuses sources d'autorité et dont la structuration requiert un usage plus subtil que jamais du discours juridique. Dans un contexte où la concurrence entre légitimité juridique et légitimité politique est exacerbée par la tentation d'un retour au cadre rassurant du cercle national, la tâche du Conseil d'État est de parvenir à assurer pleinement son rôle de passeur, de traducteur, et de conciliateur, tant des priorités européennes que des préoccupations internes, en participant à la patiente élaboration d'un ordre transnational préservant l'existence politique tant de l'Union européenne que de ses États membres.

Mots clés :

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC * Conventions et traités internationaux * Contrôle de conventionnalité

(1) J.-M. Sauvé, « Le Conseil d'État et la Constitution », Intervention du 25 avr. 2017, disponible en ligne <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-la-constitution>. V. égal. les contributions réunies in M. Verpeaux (dir.) L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État, Dalloz, Thème & Commentaire, 2011, 138 p.

(2) CE, sect., 6 nov. 1936, n° 41221, Arrighi et Coudert.

(3) 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 .

(4) L. Heuschling, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Épistémologie d'une distinction », in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, & P. Wachsmann (dir.), La notion de justice constitutionnelle, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2005, p. 85-112.

(5) Sur l'influence kelsénienne dans la présentation doctrinale du fonctionnement de la justice constitutionnelle en France, O. Jouanjan, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France », Jus politicum, 2009, n° 2, spéc. p. 6 s.

(6) Cass., mix., 24 mai 1975, n° 73-13.556, Socie[#769]te[#769] des cafe[#769]s Jacques Vabre.

(7) CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, Simmenthal.

(8) La distinction est notamment consacrée par la décision Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, spéc. pt 11, AJDA 2010. 1048 ; D. 2010. 1321 , note A. Levade ; ibid. 1229, chron. P. Fombeur ; ibid. 1234, chron. P. Cassia et E. Saulnier-Cassia ; ibid. 1495, chron. V. Lasserre-Kiesow et P. Le More ; RFDA 2010. 458, note P. Gaïa ; Constitutions 2010. 363, obs. A.-M. Le Pourhiet ; ibid. 387, obs. A. Levade ; Rev. crit. DIP 2011. 1, étude D. Simon ; RTD civ. 2010. 499, obs. P. Deumier .