

Chronique de droit public

Écrit par



Pierre-Yves GAHDOUN

Professeur à l'Université de Montpellier

CERCOP

Le nouveau « rescrit juridictionnel » n'est pas contraire à la Constitution

Décision n° 2019-794 QPC du 28 juin 2019, Union syndicale des magistrats administratifs et autre [Demande en appréciation de la légalité externe d'une décision administrative non réglementaire]

Si la mode était celle, dans les précédentes décennies, de multiplier les voies de recours permettant aux administrés d'attaquer sur tous les fronts les actes de l'administration, une tendance inverse semble se dessiner depuis quelque temps avec la création de nombreux instruments législatifs ou jurisprudentiels qui réduisent les possibilités d'action contentieuse des citoyens⁽¹⁾.

L'article 54 de la loi 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance (dite loi ESSOC) en est un bon exemple : il permet en effet au bénéficiaire ou à l'auteur d'une décision administrative non réglementaire de saisir le tribunal administratif en dehors de tout contentieux afin de lui demander d'apprécier la légalité externe de cette décision - une sorte de « brevet de légalité »⁽²⁾. Et dès lors que le tribunal s'est prononcé sur la régularité externe de la décision concernée, aucun recours n'est désormais admis et il devient impossible pour les administrés de contester l'acte administratif en cause devant un juge. Les porteurs de projets dans lesquels les décisions administratives forment un tissu normatif complexe sont ainsi à l'abri des revendications des usagers et peuvent mener leurs actions sans craindre un désaveu judiciaire qui anéantirait leurs efforts techniques et financiers.

Bien sûr, tout cela répond à l'objectif fort louable de sécurisation des opérations d'aménagements en empêchant les recours dilatoires et les manœuvres juridiques en tout genre qui fleurissent autour des grands projets urbains. Bien sûr, en limitant le mécanisme à la seule légalité externe, le Parlement a semblé-t-il préservé la faculté des administrés de dénoncer les irrégularités de fond contenues dans les décisions des personnes publiques. Bien sûr encore, la loi n'est applicable que pour certains actes administratifs non réglementaires⁽³⁾ et « à titre expérimental », ce qui réduit d'autant le champ d'application du nouveau dispositif. Tout cela est exact et n'est d'ailleurs pas contesté. Il reste que la suppression générale d'une voie de recours, d'où que l'on prenne le problème, ne peut se faire sans de sérieuses précautions et sans une analyse précise des avantages et inconvénients attendus d'une telle suppression.

Au chapitre des inconvénients, l'Union syndicale des magistrats administratifs et le Syndicat de la juridiction administrative ont estimé que le mécanisme instauré par la loi ESSOC contredisait de nombreux principes constitutionnels (droit au recours, séparation des pouvoirs, principe d'égalité, impartialité, indépendance du juge) et ont saisi le Conseil constitutionnel par le biais d'une QPC afin qu'il examine la constitutionnalité du dispositif. Le Conseil s'est prononcé dans sa décision n° 2019-794 QPC du 28 juin 2019 et a jugé que la disposition en cause était conforme à la

Cette solution nous paraît discutable pour plusieurs raisons.

En premier lieu, pour rejeter les prétentions des requérants, le Conseil souligne en amont de son argumentation « qu'en adoptant ces dispositions, le législateur a entendu limiter l'incertitude juridique pesant sur certains projets de grande ampleur qui nécessitent l'intervention de plusieurs décisions administratives successives constituant une opération complexe et dont les éventuelles illégalités peuvent être, de ce fait, invoquées jusqu'à la contestation de la décision finale ». Il ne fait pas de doute que la disposition critiquée s'autorise bien d'un intérêt général puisque l'objectif de la loi est de permettre une plus grande « sécurité » des projets d'aménagements urbains. Mais il ne suffit pas de dire cela pour justifier la loi, il faut encore clarifier l'idée et dire en quoi précisément - chiffres à l'appui - la loi peut heurter des principes constitutionnels au nom de cette « sécurité ».

En réalité, toutes les voies de recours contentieuses sont par nature susceptibles d'enrayer la sécurité juridique d'un acte administratif, car l'objet même des différents recours est toujours d'anéantir une décision qui serait illégale. Et pour une bonne raison : c'est bien de légalité dont il est ici question, et non de pratiques frauduleuses dont souffriraient les porteurs de projet. Dans cet équilibre entre sécurité des opérateurs et légalité des décisions, on peut bien entendu déplacer le curseur d'un côté ou de l'autre, mais il faut le faire en motivant ses positions et en offrant des arguments valables qui font ici défaut. À la rigueur, au nom de cette sécurité juridique, pourquoi ne pas supprimer purement et simplement le recours pour excès de pouvoir afin de « limiter l'incertitude juridique pesant sur certains projets de grande ampleur » ? Il y aurait bien, là encore, un intérêt général, comme il y a bien un intérêt général à créer ce nouveau mécanisme. En d'autres termes, il nous semble que la présentation faite par le Conseil de l'intérêt général est au mieux insuffisante : les Sages auraient sans doute gagné à préciser davantage les conséquences attendues du dispositif ou, à défaut de solides justifications⁽⁴⁾, à être plus sévère à l'égard de la disposition critiquée.

L'argumentation qui est ensuite développée par le Conseil pour écarter le grief tiré de l'atteinte au droit au recours pose également de nombreuses questions.

Les juges rappellent d'abord que les décisions administratives réglementaires ne sont pas visées par la réforme, mais ils ne précisent pas en quoi cela rend plus acceptable le mécanisme à l'égard des mesures non réglementaires. Faudrait-il en déduire que les décisions non réglementaires sont moins importantes ou moins fondamentales pour les justiciables, et donc que le droit au recours serait ici moins protégé ?

Le Conseil précise encore que la légalité interne n'est point concernée, mais là encore sans dire par quelle magie cet élément pourrait réduire ou amoindrir la seule conséquence pointée par les requérants, en l'occurrence l'impossibilité ultérieure pour les justiciables de contester la légalité *externe* des décisions administratives.

Les juges soulignent ensuite que la demande en appréciation de légalité externe est rendue publique « dans des conditions permettant à toute personne ayant un intérêt à agir d'intervenir à la procédure », mais sans observer - ou sans vouloir observer - que cette publicité des demandes n'aura sans doute aucun impact auprès des justiciables dans la mesure où la légalité d'une décision administrative est rarement contestée par les individus de façon préventive et théorique. Il est tout à fait possible, par exemple, de ne trouver aucun candidat en mesure « d'intervenir » au stade d'un acte déclaratif d'utilité publique, dès lors que les arrêtés de cessibilité - adoptés ultérieurement - n'ont pas encore identifié les parcelles concernées, et donc les personnes frappées par le projet d'urbanisme.

Le Conseil termine son raisonnement en évoquant un point susceptible de faire pencher la balance en faveur de la constitutionnalité de la disposition : parce que le juge administratif a toujours la possibilité de soulever d'office un grief pertinent pour contester la légalité de l'acte en cause, et parce qu'il peut aussi ordonner toute mesure d'instruction de nature à forger sa conviction, il faudrait en conclure que le droit au recours des justiciables n'est pas atteint dans une mesure disproportionnée. Reprenons : l'auteur d'une décision non réglementaire saisit le juge afin de « valider » un acte dans le but de poursuivre sereinement une opération en cours de réalisation ; évidemment, il ne va pas lui-même dénoncer les questions délicates et les points de controverse, sauf à vouloir ruiner les fondements de son projet, ce qui espérons-le n'est pas dans la culture de l'administration française. C'est donc sur la base d'un dossier bien ficelé que le juge va devoir se prononcer. Or, dans la majorité des cas, c'est la partie opposée à l'administration qui guide le tribunal vers des questions de droit litigieuses, vers des griefs pertinents ; mais faute de partie opposée ou d'intervenants, le juge se retrouve alors bien seul pour déceler les arguments qui le pousseraient à déclarer la décision illégale. Néanmoins, dira-t-on, un appel est toujours possible afin de contester la position du juge. Justement, le mécanisme a expressément exclu cette possibilité laissant aux éventuels justiciables la seule voie (étroite) de la cassation - ce qui au demeurant n'a guère ému le Conseil constitutionnel.

La décision du 28 juin 2019 ne valide pas seulement la nouvelle procédure de demande d'appréciation de légalité externe contenue dans la loi ESSOC ; plus grave, elle valide aussi une « lecture » du droit au recours qui offre une marge de manœuvre considérable au Parlement. On peut tout

Première décision « RIP »

Décision n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019, Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris

Par sa décision n° 2019-1 RIP du 9 mai 2019, le Conseil juge que les conditions d'ouverture de la phase de recueil des soutiens à la proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris sont bien remplies, permettant ainsi la poursuite de la procédure dite du « référendum d'initiative partagée ».

Il est peu de dire que cette décision était attendue tant les débats ont été vifs entre ceux qui défendaient la régularité de cette initiative menée par 248 parlementaires et ceux qui la contestaient. Mais, à notre sens, une censure était peu probable.

Car, politiquement d'abord, le juge constitutionnel est dans une position pour le moins délicate lorsqu'il intervient dans le cadre du RIP : il doit en effet juger la constitutionnalité d'une proposition de loi qui - potentiellement - est appelée à être « soutenue » par les citoyens, voire même soumise à un référendum. Si le constituant de 2008 et le législateur organique de 2013 ont tout fait ou presque pour ne pas mettre le Conseil dans la situation désagréable et d'ailleurs toujours refusée par l'Institution de devoir contredire frontalement l'expression directe du peuple souverain, il n'en reste pas moins vrai que l'intervention du juge constitutionnel demeure problématique, explosive même, dans la mesure où il « juge » la volonté politique des parlementaires de lancer une procédure favorable à l'expression populaire. Il suffit au demeurant de lire cette décision (étonnamment courte) pour bien percevoir le peu d'enthousiasme des juges constitutionnels.

Juridiquement ensuite, les arguments en faveur de l'inconstitutionnalité paraissaient bien maigres. Deux questions de droit faisaient principalement débat.

En premier lieu, il revenait au juge constitutionnel de dire si la proposition était recevable en termes de délai, dans la mesure où le projet de loi entérinant la privatisation des aéroports de Paris avait été voté le 11 avril, soit le lendemain du dépôt de la proposition de loi transmise au Conseil. Or l'article 11 de la Constitution interdit formellement toute proposition ayant « pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ». Le mot important dans cette disposition est « promulgué » : le seul « vote » d'une loi par les parlementaires n'étant pas juridiquement une « promulgation », et les délais étant fixés, selon la loi organique, « à la date d'enregistrement de la saisine », il ne faisait guère de doute que la proposition soumise au Conseil était sur ce point parfaitement régulière. Sans surprise, le Conseil estime ainsi que la proposition de loi « n'a pas pour objet l'abrogation d'une disposition législative promulguée depuis moins d'un an ».

En second lieu, il fallait déterminer si la proposition de loi était bien... une loi, c'est-à-dire, dans la définition qu'en donne le Conseil, une disposition ayant une portée normative. À ce titre, le Gouvernement indiquait dans ses observations que le seul fait d'accorder aux aéroports de Paris « les caractères d'un service public national au sens du neuvième alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 » ne suffisait pas à offrir à la proposition de loi un contenu normatif. Et pour aller dans ce sens, il est vrai que le Conseil a jugé dans une affaire récente ⁽⁵⁾ que la disposition permettant l'entrée en vigueur d'une loi « sans préjudice de l'application des dispositions prises par les autorités compétentes de l'Union européenne » était dépourvue de portée normative, laissant entrevoir un resserrement de sa jurisprudence en la matière. Au demeurant, comme la proposition de loi examinée vise à « affirmer » les caractères de service public national (et non obliger, interdire, contraindre...), il existait sans doute quelques indices faisant craindre un défaut de normativité. Mais le Conseil balaye ces arguments en jugeant que « si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur » ; autrement dit, le fait de déterminer - ou « d'affirmer », peu importe - le caractère de service public national constitue bien une œuvre normative du législateur puisqu'il s'agit de qualifier juridiquement une activité, avec toutes les conséquences en droit que cette qualification implique (et notamment l'interdiction constitutionnelle de privatiser).

La décision « RIP » du 9 mai 2019 permet au premier référendum d'initiative partagée de continuer sereinement son chemin. Avec un recensement au 30 juillet 2019 de 615 000 signatures déposées sur le site internet du ministère de l'intérieur, le décompte est encore assez loin - pour l'instant - des 4 717 396 soutiens nécessaires.

Les bienfaits de l'imperfection

Voir la note de bas de page sur le titre "Les bienfaits de l'imperfection" ⁽⁶⁾

Décision n° 2019-790 QPC du 14 juin 2019, Société ENR Grenelle Habitat et autres [Répression pénale des pratiques commerciales trompeuses et autorité compétente pour prononcer des amendes administratives en matière de consommation]

Une fois n'est pas coutume, le commentaire proposé dans ces lignes intéresse non pas une décision rendue par le Conseil, mais plutôt... une absence de décision, un « non-lieu à statuer » comme le dit poliment le juge constitutionnel.

Dans sa décision n° 2019-790 QPC du 14 juin 2019, le Conseil a en effet refusé de statuer sur la QPC qui lui était soumise au motif - problématique selon nous, on va y revenir - que les requérants n'avaient pas valablement désigné la disposition entraînant l'inconstitutionnalité dénoncée et que, pour cette raison, il n'était pas en mesure d'examiner leurs prétentions.

Il s'agissait pour le Conseil, dans cette affaire, d'examiner le régime de la répression pénale des pratiques commerciales trompeuses et des autorités compétentes pour établir des amendes administratives en matière de consommation. Selon les demandeurs, ce régime organisait un cumul inconstitutionnel des sanctions par l'application combinée de deux dispositions : l'article L. 132-2 du code de la consommation qui réprime pénalement les pratiques commerciales trompeuses, et l'article L. 522-1 qui offre à l'autorité chargée de la concurrence et de la consommation le pouvoir de prononcer des amendes administratives pour les mêmes pratiques commerciales trompeuses.

Mais selon le Conseil, cette dernière disposition, loin d'établir une incrimination comme le soutenaient les requérants, donne seulement à l'autorité administrative les moyens pour condamner les pratiques commerciales trompeuses. L'article L. 522-1 ne crée donc pas une sanction, il crée une compétence pour prononcer cette sanction. Nuance...

Sur cette base, le Conseil en conclut que « dès lors, il ne saurait résulter des articles L. 132-2 et L. 522-1 du code de la consommation un cumul de poursuites », et il ajoute « par suite, en l'absence de désignation par les requérants de l'autre disposition législative entraînant le cumul dénoncé, il n'y a pas lieu pour le Conseil constitutionnel de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité ».

La question n'est pas ici de savoir si la solution dégagée par le Conseil est pertinente en droit : il nous semble qu'elle l'est parfaitement, les requérants n'ayant pas - ou mal - déterminé la disposition litigieuse susceptible de porter atteinte aux principes constitutionnels invoqués. La question est plutôt celle du moyen utilisé par le juge constitutionnel pour écarter la demande. Et sur ce point, deux attitudes étaient possibles.

La première, adoptée en l'espèce, consistait à refuser de statuer - un « non-lieu » - en construisant un raisonnement autour de la recevabilité de la QPC, c'est-à-dire en statuant sur un élément qui rend la QPC admissible ou non d'un point de vue procédural⁽⁷⁾, comme le ferait le juge du filtre. Or, en refusant d'examiner la QPC car elle ne cible pas la disposition litigieuse, le Conseil s'inscrit dans cette démarche et se trouve donc dans la situation d'une sorte de tribunal de cassation qui viendrait démentir le jugement de renvoi au motif qu'il serait inexact.

La seconde attitude était celle d'accepter la recevabilité de la QPC dans son ensemble, mais en jugeant que le grief est « inopérant » car il vise à dénoncer un cumul de sanctions dans une disposition ne créant, à proprement parler, aucune sanction. Si le Conseil n'a pas retenu cette possibilité dans l'affaire commentée, il arrive régulièrement qu'il déclare en QPC un moyen « inopérant », par exemple quand il juge que le principe de précaution est inopérant pour contester l'interdiction du recours à tout procédé de fracturation hydraulique de la roche pour l'exploration et l'exploitation des mines d'hydrocarbures liquides ou gazeux⁽⁸⁾ ou lorsqu'il considère que le grief tiré du caractère confiscatoire est inopérant dès lors qu'il vise le cumul d'une cotisation sociale et d'une imposition de toutes natures⁽⁹⁾. Cette inopérance du moyen permet ainsi au juge constitutionnel de dénoncer un motif erroné en droit, faux en quelque sorte, mais en jugeant la QPC elle-même et non sa recevabilité. Avec un double avantage selon nous.

D'abord, le Conseil ne se retrouve pas dans la situation délicate de démentir frontalement la position des juges du filtre, il ne va pas « casser » la décision de filtrage puisqu'il statue bien sur le fond de la demande en déclarant un moyen inopérant⁽¹⁰⁾. Ce n'est pas rien si l'on admet que le succès de la procédure QPC dépend en partie des (bonnes) relations entre les différents juges.

Ensuite, et plus généralement, si les textes organisent une nette séparation entre le filtrage des QPC et leur examen au fond, le Conseil ne s'est pas privé depuis 2010 d'entrer sur le terrain de la recevabilité. Et c'est heureux car, ce faisant, il évite aux justiciables de devoir refaire le procès QPC en raison d'une requête mal formulée ou mal conduite mais qui aurait tout de même passé les mailles des premiers juges. Par exemple, le Conseil n'hésite pas à recadrer la version temporelle de la disposition en cause, sans exiger des juges du filtre une trop grande rigueur et sans écarter systématiquement les demandes imprécises sur ce point ; par exemple encore, le Conseil peut parfaitement « ajuster » la disposition renvoyée et isoler, dans les articles qui lui sont déférés, les phrases et les mots jugés applicables au cas d'espèce. Dans ces différents cas, le juge constitutionnel exerce sans doute des compétences qui reviennent en principe au juge du filtre, mais ce modeste désordre, cette « imperfection », s'explique par

l'objectif louable d'offrir au mécanisme de la QPC une relative souplesse.

Avec la décision du 14 juin 2019, le Conseil applique strictement la procédure QPC et brise un peu la souplesse qui prévalait jusqu'à présent quant à la détermination de la disposition applicable. D'un point de vue juridique, cette décision paraît tout à fait justifiée. D'un point de vue stratégique, il n'est pas certain qu'elle encourage les futurs justiciables à pousser les portes du palais Montpensier.

(1) Jurisprudences *Danthony* (CE, ass., 23 décembre 2011, n° 335033) ou *CFDT* (CE, ass., 18 mai 2018, n° 414583), article L. 600-1 du code l'urbanisme, etc.

(2) Pour une vue d'ensemble du mécanisme, voir not. : Laetitia Janicot, Jean-Charles Rotoullié, « La demande en appréciation de régularité d'une décision administrative », *RFDA*, 2018. 821 ; Olga Mamoudy, « La demande en appréciation de régularité : une « purge juridictionnelle » à l'avenir incertain », *AJDA*, 2018. 1821 ; Frédéric Alhama, « Précisions sur la demande en appréciation de régularité », *AJDA*, 2019. 330.

(3) L'article 2 du décret du 4 décembre 2018 précise que huit sortes de décisions peuvent faire l'objet d'une demande en appréciation de légalité externe, notamment les arrêtés déclarant l'utilité publique pris sur le fondement du code l'expropriation.

(4) Justifications qui - il est vrai - n'apparaissent pas dans le projet de loi présenté au Parlement et dans les différents rapports des commissions.

(5) Décision n° 2018-766 DC du 21 juin 2018.

(6) La formule est empruntée au doyen Vedel qui l'utilisait pour décrire les nombreuses situations qui, contre toute attente, ont produit des effets positifs dans le contentieux constitutionnel (Préface *in* D. Rousseau, P.-Y. Gahdoun et J. Bonnet, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2016, LGDJ, Domat).

(7) Le commentaire parle de « validité de la saisine ».

(8) Décision n° 2013-346 QPC du 11 octobre 2013.

(9) Décision n° 2018-767 QPC du 22 février 2019.

(10) Précisons que, lorsque le Conseil juge un moyen inopérant, il statue sur la recevabilité *du moyen*, mais pour autant, il ne statue pas sur la recevabilité *de la QPC*.

Citer cet article

Pierre-Yves GAHDOUN. « Chronique de droit public », Titre VII [en ligne], octobre 2019, n° 3. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/chronique-de-droit-public-1>