

N° 427650

**Union syndicale des magistrats administratifs
et le syndicat de la juridiction administrative**

QPC

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 17 avril 2019

Lecture du 6 mai 2019

CONCLUSIONS

Mme Sophie-Justine Lieber, Rapporteur public

Le Syndicat de la juridiction administrative (SJA) et l'Union syndicale des magistrats administratifs (USMA) ont formé un recours en excès de pouvoir contre le décret n° 2018-1082 du 4 décembre 2018 relatif à l'expérimentation des demandes en appréciation de régularité. Ce décret a été pris en application de l'article 54 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance.

1. Cet article 54 de la loi instaure, à titre expérimental pour une durée de 3 ans, dans les quatre TA de Bordeaux, Montpellier, Montreuil et Nancy, une procédure juridictionnelle, dite d'appréciation de régularité, pour sécuriser certaines décisions administratives non réglementaires s'insérant dans des opérations complexes. Le bénéficiaire ou l'auteur de certaines décisions peut ainsi demander au juge administratif de constater la légalité externe de la décision les concernant – et cette demande suspend l'examen des recours contre la décision en cause, dans lesquels sont soulevés des moyens de légalité externe (sauf les recours en référés). L'examen du juge est limité aux moyens de légalité externe, mais il peut tous les soulever d'office, même s'ils ne sont pas d'ordre public. Et, s'il constate la légalité externe de la décision, aucun moyen de légalité externe ne peut plus être invoqué contre ladite décision, par voie d'action ou d'exception. Inversement, s'il constate une illégalité externe, l'administration peut alors, par exception aux règles de retrait fixées à l'article L. 242-1 du CRPA, retirer ou abroger la décision en cause pendant un délai de deux mois après la notification de la décision du juge administratif. Enfin, cette décision est susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

Le champ de cette procédure est encadré :

- elle ne peut concerner que les décisions prises sur le fondement du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, du code de l'urbanisme, et des articles L. 1331-2 à L. 1331-29 de la santé publique ;
- elle est limitée aux décisions non réglementaires, dont l'illégalité pourrait être invoquée, alors même que ces décisions seraient devenues définitives, à l'appui de conclusions dirigées contre un acte ultérieur – autrement dit ces décisions doivent s'insérer dans une opération complexe.

Enfin, à la suite de l'avis de l'AG du CE du 23 novembre 2017, il a été prévu que la demande en appréciation de la légalité externe soit « *rendue publique dans des conditions permettant à toute personne ayant intérêt à agir contre cette décision d'intervenir à la procédure* ».

Cette nouvelle procédure est décrite par la doctrine comme permettant au juge de décerner un « *brevet de légalité externe*¹ », de « *purger les irrégularités* » de la décision en cause, ou encore comme un « *rescrit juridictionnel* » qui, *mutatis mutandis*, s'apparente fortement au rescrit en matière fiscale, douanière ou sociale, si ce n'est que la prise de position « *opposable* » est formulée par le juge.

Dans une étude de 2013 intitulé '*Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*', le Conseil d'État avait d'ailleurs souligné la possibilité d'envisager un système de purge juridictionnelle, tel que celui mis en place par l'article 54 de la loi du 10 août 2018, « *dans lequel, sous réserve d'une publicité suffisante, toute personne intéressée, y compris le bénéficiaire de la pré-décision, pourrait saisir un juge administratif qui se prononcerait en premier et dernier ressort dans un délai rapide. Le législateur pourrait alors prévoir, en veillant à ne pas porter une atteinte excessive au droit au recours, qu'une fois mise en œuvre cette procédure et si le juge conclut à la légalité de la pré-décision, celle-ci ne pourrait plus être critiquée, y compris par voie d'exception à l'occasion d'un recours dirigé contre la décision finale. Ce mécanisme complexe pourrait, en particulier, présenter un intérêt pour les projets les plus importants* ».

Les deux syndicats requérants ont soulevé, à l'occasion de leur recours contre le décret pris en application de l'article 54 de la loi du 10 août 2018, introduit par mémoire distinct du 10 février 2019, une QPC à l'encontre de cette disposition législative – qui est directement applicable au litige et n'a pas fait l'objet d'une déclaration de conformité du Conseil constitutionnel.

2. Ils soutiennent, dans ce premier mémoire de QPC, que la nouvelle mission issue de la disposition législative contestée ne relève pas de l'office du juge administratif et qu'elle le transforme « *en outil préventif au service de l'administration, alors même que la décision qu'il prendra aura force juridictionnelle* », et que l'article 54 de la loi du 10 août 2018 méconnaît ainsi le principe de séparation des pouvoirs, garanti par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Au regard de ce principe, sur lequel le CC s'est prononcé à de nombreuses reprises, la question n'est pas nouvelle.

Elle ne peut pas non plus être considérée comme sérieuse : ainsi que le relève le mémoire en défense, la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs ne peut, en effet, être invoquée à l'appui d'une QPC que dans le cas où cette méconnaissance affecte, par elle-même, un droit ou une liberté que la Constitution garantit : voyez CC, décision n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016, consid. 9. Le Conseil constitutionnel, dans cette décision, a donc appliqué un raisonnement analogue à celui qu'il tient en matière d'incompétence négative depuis sa décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 dite *SNC Kimberly Clark*. Comme l'indique le commentaire de cette décision (du 22 juillet 2016) aux Cahiers, le CC n'accepte d'examiner, dans le cadre du contrôle *a posteriori*, le grief de méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs au détriment des fonctions juridictionnelles, que s'il est soutenu qu'il en résulte une atteinte à un autre « *droit ou liberté garanti par la Constitution* », comme la garantie des droits (décision n° 2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010), le droit à un recours

¹ O. Mamoudy, 'La demande en appréciation de régularité : une purge juridictionnelle à l'avenir incertain', AJDA 2018. 1821.

juridictionnel effectif et au droit au procès équitable (décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011), les droits de la défense (décision n° 2015-524 QPC du 2 mars 2016), ou encore l'indépendance de l'autorité judiciaire (décision précitée n° 2016-555 QPC du 22 juillet 2016). Dès lors que l'unique moyen soulevé dans le mémoire de QPC du 10 février 2019 est celui de la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs, sans que ce grief soit articulé avec l'atteinte à un autre « *droit ou liberté que la Constitution garantit* », le moyen n'est pas opérant et vous pourrez donc considérer que la QPC posée dans ce mémoire n'est pas sérieuse.

3. Ayant pris conscience, à la lecture du mémoire en défense, de l'inopérance du moyen soulevé, les syndicats requérants ont produit, le 14 mars 2019, un mémoire en réplique où ils soutiennent, cette fois-ci, que les dispositions litigieuses, en méconnaissant le principe de séparation des pouvoirs, portent atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions, ainsi qu'au droit à un recours effectif et au principe d'égalité des armes.

3.1. Vous pourriez hésiter sur la recevabilité de ce mémoire en réplique. Non pas pour une raison de forme, puisque, s'il est intitulé, un peu maladroitement, « *mémoire récapitulatif en réplique* », cet encadré suit une première mention indiquant « *mémoire distinct à l'appui d'une QPC* » ? Et, de fait, le contenu de ce mémoire répond uniquement sur le terrain de la QPC. Par ailleurs, aucune défense n'ayant, à ce stade, été produite sur le recours en excès de pouvoir contre le décret, il s'agit nécessairement d'un nouveau mémoire à l'appui de la QPC. Il s'agit donc bien d'un mémoire distinct au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance organique, dont les dispositions n'imposent pas de formalisme autre que celui de produire des écritures par mémoire distinct.

Vous pourriez, par contre, estimer que son contenu, et particulièrement la nouvelle articulation du grief tiré de la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs, s'apparente en réalité à un grief nouveau, et vous interroger sur la possibilité d'introduire ainsi, tardivement, une argumentation inédite.

Cela vous demanderait deux efforts. D'abord, celui de regarder le grief comme entièrement nouveau dès lors que la partie 'articulation avec l'atteinte à un droit ou une liberté garantis par la Constitution' n'a été développée qu'au stade de la réplique, ce qui ne va pas entièrement de soi, un requérant pouvant toujours répondre à un moyen en défense en renforçant ses propres arguments. Ensuite, celui de resserrer les conditions de recevabilité des griefs nouveaux au stade du mémoire en réplique. Vous avez déjà jugé irrecevables :

- des griefs nouveaux introduits devant vous, à l'appui d'une QPC transmise par un TA ou une CAA (16 juillet 2010, *Société de brasseries et casinos « Les Flots bleus »*, req. n° 339292, au rec.) ;
- ou encore, l'extension du champ de la QPC à de nouvelles dispositions législatives, dans un mémoire postérieur au mémoire initial (21 février 2014, *M...*, n° 359716, aux T., et 27 juin 2016, *Layher*, n° 399506, aux T.²).

Vous avez récemment rencontré un cas de figure assez similaire, avec l'introduction de griefs nouveaux dans un mémoire en réplique, mais vous avez préféré statuer entièrement sur la QPC (voyez 7 mars 2019, *F...*, n° 419194, QPC, inéd.). Compte tenu de ce que la question se

² Dans un tel cas, vous opposez l'irrecevabilité sans information préalable des parties : compte-tenu des délais de jugement contraints en matière de QPC, l'article R* 771-14 du CJA déroge à l'obligation de communication pour l'irrecevabilité tirée du défaut de présentation, dans un mémoire distinct, d'une QPC.

pose de manière récurrente, vous pourriez être tentés d'y réfléchir à nouveau – d'autant que, les délais pour statuer en QPC étant contraints, il peut paraître justifier de resserrer la possibilité d'introduction au stade de la réplique de moyens nouveaux, sur lequel le contradictoire se trouvera nécessairement un peu bousculé. En sens inverse, vous pourriez toutefois estimer qu'il est vain de poser cette limite, susceptible d'inciter les requérants à introduire, plutôt une nouvelle QPC, alors que le litige de QPC aurait pu être tranché d'emblée. Si vous opposiez, ici, une irrecevabilité, rien n'empêcherait les syndicats requérants de solliciter l'abrogation du décret litigieux puis de revenir devant vous pour contester le refus d'abrogation qui ne manquerait pas de naître, et de poser à nouveau la QPC à l'occasion de ce nouveau litige.

3.2. Nous vous proposons donc d'examiner le grief, dans sa nouvelle formulation selon laquelle les dispositions législatives en cause, en méconnaissant le principe de séparation des pouvoirs, portent atteinte aux principes d'indépendance et d'impartialité des juridictions, ainsi qu'au droit à un recours effectif et au principe d'égalité des armes.

S'agissant tout d'abord de l'atteinte à l'indépendance et à l'impartialité, les requérants soutiennent que « *l'intervention d'une juridiction à titre préventif, alors qu'aucun litige n'est né ou à naître, transforme le juge en outil préventif au service de l'administration, alors même que la décision qu'il prendra aura force juridictionnelle* ».

Il est exact que cette nouvelle demande d'appréciation de la légalité externe a un caractère hybride : elle conserve certes, comme l'indique le mémoire en défense, un caractère juridictionnel puisqu'elle est rendue par un juge, que la demande doit être « *présentée, instruite et jugée dans les formes prévues par le code de justice administrative* » (2^{ème} alinéa du II) et qu'elle est susceptible de pourvoi en cassation. Toutefois, elle se distingue du recours juridictionnel en ce qu'elle n'est ouverte qu'à l'auteur ou au bénéficiaire de la décision, qu'elle intervient en dehors de tout litige et qu'elle ne conduit pas à l'annulation de la décision en cas de constat par le juge d'une illégalité. Ce caractère hybride est parfaitement assumé, comme le montre l'étude d'impact sur le projet de loi qui indique que l'un des objectifs est « *d'enrichir les attributions et l'office du juge administratif, dont la vocation contentieuse ne sera plus seulement de s'inscrire dans le cadre d'un litige* ».

Il est également critiqué : les rapporteurs de la commission spéciale de l'Assemblée nationale³ ont ainsi relevé que ce dispositif aurait pour effet de « *purger la décision administrative de tout risque d'illégalité externe, en reportant, d'une certaine façon, la responsabilité de la régularité de l'acte sur le juge administratif, et en encourageant par là-même les saisines systématiques par les autorités administratives auteurs de décisions entrant dans son champ d'application* ». Certains articles de doctrine pointent d'ailleurs l'effet symbolique de ce nouveau dispositif sur l'office traditionnel du juge administratif, estimant que « *La tradition juridique française en vertu de laquelle « un juge n'est pas fait pour délivrer des consultations » (R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 2008, p. 759), se trouve (...) quelque peu malmenée (...). En somme, on nous change notre juge administratif, à titre expérimental* » (Frédéric Alhama, dans un article à l'AJDA)⁴. Benoît Plessix y voit une manière de « *brouiller dangereusement la frontière poreuse qui sépare depuis toujours l'administration de la juridiction* »⁵.

³ Rapport n°329 (2017-2018) de P. Gruny et JC Luche déposé le 22 février 2018.

⁴ F. Alhama, « Précisions sur la demande en appréciation de régularité », *AJDA*, 2019, p. 330.

⁵ B. Plessix, « Ce besoin animal de sécurité », *Droit administratif*, n°1, janvier 2018, repère 1.

Pour autant, cette critique ne nous paraît pas véritablement sérieuse : les dispositions en cause modifient seulement, nous semble-t-il, les conditions et modalités de saisine du juge, et sont par elles-mêmes sans incidence sur le prononcé de sa décision. Vous relèverez ainsi que :

- le juge peut être saisi, certes, par l'auteur de la décision (donc l'administration), mais aussi par son bénéficiaire et que le dispositif prévoit que la demande doit faire l'objet d'une publicité adéquate afin que tout tiers ayant intérêt à agir contre cette décision puisse intervenir dans le débat, ce qui permet d'enclencher un processus contradictoire ;
- en outre, comme le souligne le mémoire en défense, le juge peut parfaitement refuser de constater la légalité externe de la décision en se fondant sur un motif d'illégalité externe « *qu'il estime devoir relever d'office, y compris s'il n'est pas d'ordre public* », comme le prévoit le dernier alinéa du II de l'article 54 de la loi du 10 août 2018.
- ajoutons que le juge qui se prononce dans le cadre d'une demande en appréciation de la légalité externe, pourra ensuite être saisi à nouveau, dans le cadre d'un litige, de la même décision sans atteinte au principe d'impartialité, dès lors qu'il n'aura ensuite à examiner que sa légalité interne.

La critique au regard de l'atteinte au droit au recours effectif et à l'égalité des armes nous paraît autrement plus sérieuse.

La première branche de cet argumentaire s'écarte, certes, sans difficulté : il s'agirait d'un 'faux procès' dans la mesure où, comme le soulignait d'ailleurs l'avis de l'AG du CE du 23 novembre 2017 sur le projet de loi comportant ces nouvelles dispositions, il s'agit « *d'un recours dont l'auteur n'aurait pas intérêt à développer une argumentation convaincante puisqu'il plaiderait à l'inverse de ses intérêts, dès lors qu'il cherche à assurer la sécurité juridique de la décision en cause* ». Mais on a vu d'une part, que le juge peut, d'office, saisir tout motif d'illégalité externe même s'il ne s'agit pas d'un moyen d'ordre public, et d'autre part, que la demande doit « *être rendue publique dans des conditions permettant à toute personne ayant intérêt à agir d'intervenir à la procédure* ».

Reste que l'interdiction de soulever certains moyens à un stade ultérieur de la procédure constitue bien une limitation au droit au recours. L'AG avait indiqué que « *cette limitation peut être justifiée par le risque d'instabilité juridique pesant sur certaines décisions, à la condition qu'elle ne porte pas une atteinte substantielle au droit au recours* » - se référant à la décision du Conseil constitutionnel du 21 janvier 1994, n° 93-335 DC, cons. 4, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*.

Le CC, examinant la restriction apportée par les dispositions de l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme (qui empêche, comme vous le savez, qu'un vice de forme ou de procédure puisse être invoqué contre un SCOT, un PLU ou un document d'urbanisme a relevé :

- que le législateur entendait limiter le risque d'instabilité juridique inhérent aux décisions d'urbanisme prises sur la base de ces actes concernés ;
- que le mécanisme faisait l'objet d'un certain nombre de limitations, les dispositions contestées ayant fait réserve des vices de forme ou de procédure considérés comme substantiels, et ayant maintenu un délai de six mois au cours duquel toute exception d'illégalité peut être invoquée ;
- il a également souligné que ces dispositions n'avaient ni pour objet ni pour effet de limiter la possibilité de demander l'abrogation d'actes réglementaires illégaux ou devenus illégaux et de former des recours pour excès de pouvoir contre d'éventuelles décisions de refus, et il a

conclu à l'absence d'atteinte substantielle au droit au recours et partant, de méconnaissance de l'article 16 de la DDHC.

Si l'on essaye de transposer ce raisonnement à l'espèce afin d'apprécier une éventuelle atteinte substantielle au droit au recours, on retrouve bien dans la balance, en premier lieu, l'enjeu, pour des décisions intervenant dans le cadre d'opérations complexes, de lutter contre l'instabilité juridique – dont le CC a rappelé que c'était un objectif du législateur, le principe de sécurité juridique dégagé par votre jurisprudence et désormais codifié à l'article L. 221-5 du code des relations entre le public et l'administration n'ayant pas de traduction au niveau constitutionnel⁶. On trouve également, en deuxième lieu, un certain nombre de limitations : le dispositif ne concerne, comme on l'a vu, que les décisions individuelles, prises dans le cadre d'opérations complexes, dans un certain nombre de contentieux précisément désignés, et ne s'applique qu'aux moyens de légalité externe. Par ailleurs le dispositif critiqué n'interdit nullement de contester les décisions concernées, mais seulement d'invoquer, en cas de décision « brevetant » la légalité externe de la décision, de soulever des moyens de légalité externe à son encontre. En troisième lieu, des mécanismes de rééquilibrage ont été prévus, qu'il s'agisse de la possibilité, pour le juge, de soulever d'office tout motif d'illégalité externe, ou de l'obligation d'assurer une publicité à la demande en appréciation de légalité externe « *dans des conditions permettant à toute personne ayant intérêt à agir contre cette décision d'intervenir à la procédure* ». Enfin, ce dispositif est pour le moment enserré dans un champ géographique limité puisqu'il ne concerne que les TA de Bordeaux, Montpellier, Montreuil et Nancy. A noter que son caractère expérimental ne nous semble, cependant, pas devoir être mis dans la balance, car le fait qu'il s'agisse d'une expérimentation ne permet pas de méconnaître les exigences constitutionnelles (CC, 12 août 2004, n° 2004-503 DC, cdt 9 ; CC, 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, cdt 38).

Pour autant, il s'agit d'un mécanisme de purge très différent de ceux qui ont été mis en place jusqu'à présent, tels que :

- l'article L. 600-1 du code de l'urbanisme, précédemment évoqué, qui rend caduque toute contestation de la légalité externe d'un certain nombre d'actes en matière d'urbanisme, passé un délai de 6 mois ; il en va de même pour les plans régionaux de santé, en application de l'article L. 1434-5 du code de la santé publique ;
- en matière de rétention administrative des étrangers, l'article L. 552-8 du CESEDA prévoit que les moyens tirés d'irrégularités de procédure commises avant l'audience portant sur la première prolongation sont irrecevables lors de l'audience portant sur la seconde prolongation ;
- enfin, les articles 178, 179 et 181 du code de procédure pénale prévoient que l'ordonnance de renvoi du juge d'instruction devant le tribunal de police, le tribunal correctionnel ou la cour d'assises – c'est-à-dire la décision qui achève l'instruction en transmettant l'affaire à la juridiction de jugement compétente – « *couvre, s'il en existe, les vices de procédure* ».

Tous ces mécanismes sont aux mains du juge et des parties, alors que la demande en appréciation de légalité se trouve, elle, aux mains de l'administration et du bénéficiaire. On peut, du coup, s'interroger sur l'existence d'une atteinte substantielle au droit au recours, pour ce nouveau dispositif dans lequel l'équilibre entre les parties semble précaire, avec, d'un côté, le tiers ayant intérêt à agir contre la décision, dont on n'a pas la certitude qu'il aura connaissance de la décision au moment où il sera en mesure d'invoquer une illégalité externe

⁶ Ass. du 24 mars 2006, *société KPMG et autres*, n° 288460, rec. p. 154 et *Mme L...* (Sect. 13 décembre 2006, n° 287845, rec. p. 540).

à son encontre, et de l'autre côté, l'auteur ou le bénéficiaire de la décision, qui auront intérêt à saisir le TA le plus rapidement possible. Et si les dispositions en cause prévoient que les tiers doivent être mis en mesure de faire valoir leurs observations grâce à une mesure de publicité suffisante sur la demande en appréciation de légalité externe, la portée du débat au cours de cette procédure aura nécessairement des conséquences défavorables pour le tiers, puisqu'en cas de « *brevet de légalité* », aucun moyen de légalité externe ne pourra plus être soulevé et qu'inversement, en cas d'irrégularité, l'administration pourra prendre une nouvelle décision. Enfin, la demande d'appréciation de légalité externe « *suspend* », aux termes du 2^{ème} alinéa du II de l'article 54, « *l'examen des recours dirigés contre la décision en cause et dans lesquels sont soulevés des moyens de légalité externe, à l'exclusion des référés (...)* ». Autrement dit, l'introduction d'un recours peut se voir interrompue par une demande en appréciation de régularité, et une décision favorable du juge rendra immédiatement vain le débat en cours sur les moyens éventuels de légalité externe.

Dans ces conditions, le moyen nous paraît sérieux et nous vous proposons de transmettre la question au Conseil constitutionnel.

PCMNC à la transmission de cette QPC au Conseil constitutionnel. Et vous pourrez surseoir à statuer sur le recours en excès de pouvoir contre le décret, dans l'attente que le CC ait tranché la question.