

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Dans leur ouvrage consacré à *La culture juridique française*¹, Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin ont mis en lumière à quel point la Première Guerre Mondiale avait modifié l'appréhension française du droit, à trois titres principaux. D'abord, à cette occasion, le droit s'est vu assigner un **impératif d'efficacité** jusqu'alors inhabituel pour lui. Ensuite, la pensée du juriste a perdu en autonomie : au lieu d'être cette « *science du dedans, où l'emportent les déductions logiques sans réelle appréciation de leurs effets concrets* », elle est devenue **une « science du dehors, attentive tout à la fois aux faits et aux sciences sociales »**². Enfin, compte tenu du renforcement de l'exécutif et du primat donné à l'opportunité, **le rôle et la liberté interprétative du juge** s'en sont trouvés renforcés. Ces trois constats nous semblent – *mutatis mutandis* – transposables à la crise liée à la covid-19. L'épisode exceptionnel récent s'est en revanche distingué par **un souci affiché d'accélération de l'action publique**, qui s'est notamment incarné dans un recours massif aux ordonnances – plus rapide à prendre qu'une loi – et dans une volonté de raccourcir au maximum les processus décisionnels. C'est cette accélération qui est contestée dans le présent litige, lequel vous invite en somme à déterminer si le Gouvernement a confondu vitesse et précipitation.

En effet, la CGT vous demande d'annuler **l'article 13 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020** relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même

¹ *La culture juridique française – entre mythes et réalités, XIXe-XXe siècles*, CNRS éditions, 2014

² *Ce que le covid-19 (la guerre) fait aux juristes*, C. Jamin, D. 2020.761

période. Cet article dispose que « *Sous réserve des obligations résultant du droit international et du droit de l'Union européenne, les projets de texte réglementaire ayant directement pour objet de prévenir les conséquences de la propagation du covid-19 ou de répondre à des situations résultant de l'état d'urgence sanitaire sont dispensés de toute consultation préalable obligatoire prévue par une disposition législative ou réglementaire, à l'exception de celles du Conseil d'Etat et des autorités saisies pour avis conforme* ». Précisons pour ne plus y revenir que cette ordonnance n'a pas encore été ratifiée, malgré le dépôt d'un projet de loi en ce sens : **vous êtes donc bien compétents pour connaître de ce recours**³. Et l'unique question posée consiste à déterminer si cet article méconnaît la loi d'habilitation qui en constitue le fondement.

Avant d'en venir à cette question, il nous faut expliciter la portée exacte de cet article. Trois observations nous semblent, à cette fin, utiles. La première porte sur le champ des mesures concernées par cette dispense de consultation : ne sont pas concernés tous les projets de texte réglementaire, **mais uniquement ceux induits par la crise sanitaire**. La deuxième porte sur les consultations concernées : il s'agit des consultations préalables obligatoires, prévues tant par la loi que par le règlement. Il s'en déduit qu'en tant qu'elle porte sur les consultations prévues par des normes réglementaires, cette mesure relève de la compétence du pouvoir réglementaire, de sorte que la question de savoir si l'article 13 entre dans le champ de l'habilitation donnée au Gouvernement par la loi est, dans cette mesure, sans incidence sur la légalité de l'acte attaqué. La troisième observation tient **aux exceptions ménagées à ce principe de dispense de consultation** : outre les consultations qui seraient requis par les droits international et européen, ce principe ne s'applique pas aux cas dans lesquels l'organe consulté est en quelque sorte regardé comme coauteur de l'acte, soit qu'il rende un avis conforme⁴, soit qu'il s'agisse du Conseil d'Etat⁵.

La portée de cet article étant ainsi clarifiée, reste à voir s'il entrait dans le champ de l'article d'habilitation. Dans cette optique, il nous faut vous donner lecture de l'article 11 de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020, lequel prévoit qu'« *afin de faire face aux conséquences, notamment de nature administrative ou*

³ V. pour une réaffirmation récente : CE, 01-07-2020, *Conseil national de l'Ordre des architectes*, n° 429132, B

⁴ CE, 27-10-2010, *Fischer*, n° 316636, A

⁵ Même si, au contentieux, vous ne vous regardez plus comme l'auteur du décret (CE, 11-07-2007, *USMA et autres*, n°s 302040-134, B), de sorte que le moyen tiré du défaut de votre consultation se rattache à la régularité de l'acte et non plus à la compétence (CE, 28-12-2009, *Syndicat de la magistrature*, n° 312314, B)

*juridictionnelle, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, [le Gouvernement est autorisé à prendre] toute mesure : / a) **Adaptant (...) 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 (...)** ».*

A l'évidence, il n'est pas besoin de siéger Quai Conti pour éprouver une certaine gêne lorsque l'article d'habilitation est mis en miroir de l'ordonnance prise sur son fondement. En effet, les termes « *adapter les délais et les modalités de consultation* » renvoient plutôt à une idée d'ajustement, de modifications incrémentales (comme par exemple la généralisation de la délibération dématérialisée), sans aller jusqu'à ouvrir la possibilité d'une suppression totale de certaines consultations. Toutefois, nous sommes d'avis que vous ne devez pas accueillir ce moyen. **Deux raisons** nous déterminent en ce sens.

Premièrement, **la lettre du texte n'est, à la réflexion, pas si univoque**. En effet, la structure de cet article montre que la consultation « *du public ou de toute instance ou autorité* » a été appréhendée par le législateur comme un bloc unique et indistinct. Or, autant il nous semblerait difficile de soutenir qu'adapter « les délais et les modalités » d'une consultation ciblée autorise à la supprimer, autant il nous paraît bien plus envisageable de lire ces dispositions comme permettant au Gouvernement de « tailler » dans ce bloc **en supprimant temporairement certaines consultations**, l'essentiel étant qu'*in fine* de telles adaptations ne réduisent pas à néant la consultation « du public ou de toute instance ou autorité ». Pour le dire de façon imagée, être habilité à tailler un arbre n'autorise pas à l'abattre ; en revanche, être habilité à tailler un buisson peut impliquer de couper certains de ses arbustes.

A dire vrai, nous sommes d'autant plus enclin à vous proposer cette lecture littérale « alternative » qu'elle nous semble **cohérente par rapport à votre jurisprudence**, qui n'accueille que rarement le moyen tiré de la méconnaissance des limites de l'habilitation⁶. Si cette parcimonie révèle sûrement la retenue scrupuleuse du Gouvernement, qu'il nous soit permis d'y déceler aussi votre propension à **privilégier une analyse sémantique des termes de l'habilitation**⁷

⁶ V. sur ce point : *Guide de légistique*, p. 225

⁷ V. pour un exemple : CE, 26-02-2007, *Réunion des organismes conventionnés assureurs et autres*, n°s 289744 et a, B ou encore CE, 02-12-

sauf, bien sûr, lorsque ceux-ci ont un sens juridique précis⁸, ou lorsque les mesures prises sont en contrariété⁹ – à tout le moins en net décalage¹⁰ – par rapport à leur fondement législatif¹¹. Or, à nos yeux, vous n’êtes ici dans aucune de ces hypothèses. Relevons d’ailleurs qu’une telle approche sémantique s’est illustrée, à propos de cette même loi, dans une ordonnance rendue par votre juge des référés, à l’occasion de laquelle il a été estimé qu’il n’y avait pas de doutes sérieux quant à la méconnaissance de l’habilitation législative dans un cas où le Gouvernement avait ouvert, à titre subsidiaire, la possibilité de recourir à des moyens de communication téléphonique pour assurer la continuité d’activité des juridictions pénales, alors même que l’article législatif n’évoquait que le recours à la visioconférence¹².

Deuxièmement, **le contexte dans lequel la loi en cause a été adoptée ne plaide pas en faveur d’une lecture stricte**. Rappelons d’abord sur ce point que vous vous autorisez, s’agissant des lois d’habilitation, à recourir aux travaux préparatoires – même en présence d’un texte clair. En effet, comme vous l’expliquait Christophe Devys dans ses conclusions sur votre décision de Section *CGT et autres*¹³ de 2005, la loi d’habilitation est d’une nature spécifique puisque son seul objet est d’encadrer la possibilité pour le Gouvernement d’intervenir dans le domaine de la loi. Dans ces conditions, l’ambition sous-tendant votre jurisprudence *Commune de Houdan*¹⁴, qui est de garantir aux administrés une application de la loi conforme à sa lecture naturelle, est sans effet et il est au contraire précieux de pouvoir s’appuyer sur les travaux préparatoires pour cerner les contours exacts de la délégation consentie par le Parlement.

Or, il convient ici de rappeler que la loi litigieuse, sur laquelle vos sections consultatives n’ont eu qu’une journée pour donner leur avis, a été votée **en 4 jours**, qu’elle comprenait au total **43 habilitations** et que les discussions se sont surtout – voire uniquement – concentrées sur la création de l’état d’urgence sanitaire, sur les ajustements apportés au calendrier des élections municipales

1997, *Union des professions de santé libérales SOS action santé et Syndicat des médecins d’Aix et région*, n° 184546, A

⁸ CE, 13-07-2006, *France nature environnement*, n° 286711, A ; v., à propos de la codification à droit constant, CE, 26-11-2001, *ALIS et autres*, n° 222741, A et CE, 21-03-2012, *Société EDF*, n° 349415, A

⁹ CE, 23-12-2010, *Conseil national de l’ordre des médecins et autre*, n° 337396, B

¹⁰ CE, 01-12-1997, *CPAM de la Sarthe et autres*, n° 176352, A

¹¹ CE, 01-12-1997, *CPAM de la Sarthe et autres*, n° 176352, A

¹² JRCE, 22-04-2020, *Ordre des avocats au Conseil d’Etat et à la cour de cassation et autres*, n° 440039, C

¹³ CE, Section, 19-10-2005, *CGT et autres*, n°s 283892 et a.

¹⁴ CE, Section, 27-10-1999, *Commune de Houdan c/ Mme L...*, n° 188685, A

ainsi que sur certaines mesures d'urgence économiques. Si les débats n'ont ainsi pas porté sur l'habilitation litigieuse, l'intention transversale sous-tendant l'ensemble du texte n'en était pas moins nette : **il s'agissait d'éviter que la volonté politique ne s'enlise dans les complexités technocratiques lorsqu'étaient en cause les mesures nécessaires à la bonne gestion de la crise sanitaire**. Dans ces conditions, retenir une approche étroitement littérale nous semblerait contraire à la volonté du législateur puisqu'elle aurait fait obstacle à ce que le Gouvernement puisse supprimer la moindre consultation. En réalité, il nous semble que la rigueur de votre contrôle gagnerait plutôt à porter sur le champ des mesures concernées, en s'attachant à vérifier que les textes réglementaires en cause sont directement en lien avec la crise sanitaire pour éviter tout effet d'aubaine dans le maniement de cette dispense.

Si vous ne nous suiviez pas, il vous faudrait alors annuler l'article 13 en tant qu'il prévoit une dispense des consultations préalables obligatoires prévues par une disposition législative. Précisons à toutes fins utiles que vous ne pourriez pas, selon nous, **mobiliser la théorie prétorienne des « circonstances exceptionnelles »** pour justifier ce bouleversement des règles de compétence¹⁵ et écarter le moyen. En effet, outre le caractère exorbitant et brutal de la situation, l'activation de cette théorie suppose, d'une part, l'impossibilité pour l'autorité normalement compétente d'intervenir¹⁶ et, d'autre part, l'existence d'un but d'intérêt général poursuivi de façon strictement proportionnée¹⁷. Or, au prisme de cette grille d'analyse très exigeante¹⁸, force est d'admettre qu'il serait difficile de justifier une **suspension abstraite et généralisée** par l'autorité administrative de la plupart des consultations obligatoires préalables prévues par le législateur, sauf à transformer cette doctrine en une « *colossale éponge à laver toutes les illégalités* », pour reprendre le mot du Doyen Hauriou¹⁹.

Parvenus à ce stade, vous pourriez néanmoins hésiter à vous en tenir à une **annulation sèche** par peur de ses conséquences déstabilisatrices. En ce sens, nous relèverons que près de 80 textes ont été pris au visa de cet article, dans des domaines aussi variés que l'adaptation des règles funéraires, le contrôle des prix de vente des gels hydro-alcooliques, ou encore l'organisation des concours et

¹⁵ V. pour des exemples : CE, 21-12-1951, *Epoux G.*, n° 97275, A ; CE, Section, 05-03-1948, *Sieur Marion et autres*, n° 86937, A

¹⁶ V. en ce sens : *Contentieux administratif – tome I*, R. Odent, Dalloz, p. 294

¹⁷ V. sur ce point d'intéressants développements dans : *La non-théorie des « circonstances particulières »*, J. Jeanneney, AJDA 2020.843

¹⁸ Pour une illustration CE, assemblée, 12-07-1969, *CCI de Saint-Etienne*, p. 379

¹⁹ Notes sur CE, 28-02-1919, *Dames Dol et Laurent*. Réimpr. in *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Sirey, t. 1, p. 69

examens pendant la crise sanitaire. L'annulation rétroactive de l'ordonnance dont ces textes se prévalaient pour pouvoir être adoptés de façon accélérée les entacheraient donc tous d'un vice de procédure, vice d'autant plus problématique que vous danthonysez rarement l'absence radicale d'une consultation obligatoire. Vous reconnaissez, derrière ces quelques considérations²⁰, l'ombre de votre jurisprudence *AC !*²¹ par laquelle vous vous autorisez à **moduler dans le temps les effets de vos annulations** pour excès de pouvoir.

Mais, à la réflexion, **nous pensons qu'il n'y aurait pas lieu de faire jouer cette modulation**. D'une part, en effet, votre jurisprudence d'Assemblée *CFDT Finances*²² ferait obstacle à ce que cette irrégularité soit invocable par voie d'exception à l'occasion de recours contre les décisions administratives prises en application de ces 80 textes. D'autre part, la plupart des textes réglementaires en cause n'est plus susceptible de recours par voie d'action et, s'agissant des contentieux pendants à l'occasion desquels un moyen tiré de l'illégalité de cet article 13 aurait été soulevé, vous savez qu'une modulation *AC !* ne trouverait pas à s'appliquer eu égard aux exigences nées du droit à un recours effectif²³. Au total une éventuelle modulation – si vous jugiez que les effets produits par l'ordonnance antérieurement à votre décision doivent être regardés comme définitifs – aurait pour seul effet d'immuniser sur ce point les actes réglementaires récemment pris après dispense de consultation et non encore attaqués sous cet angle, c'est-à-dire une petite poignée de textes. Or, à nos yeux, ce seul constat ne suffit pas à justifier d'appliquer votre jurisprudence *AC !*, dont vous savez qu'elle est cantonnée aux cas où la rétroactivité emporte « *des effets catastrophiques* »²⁴, notamment en termes de sécurité juridique.

PCMNC au rejet de la requête.

²⁰ Pour un précédent où *AC !* est utilisé pour des motifs de sécurité juridique : CE, 10-02-2010, *Perez*, n° 329100, A

²¹ CE, Assemblée, 11-05-2004, *Association AC !*, n° 255886 à 255892, A

²² CE, Assemblée, 18-05-2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, n° 414583, A

²³ V. pour cette réserve des instances en cours : CE, 17-12-2010, *SFIB et autres*, n°s 310195 et a., B

²⁴ 2004-2014 : *les dix ans de la jurisprudence AC !*, AC Bezzina, RFDA 2014.735 ; *Les annulations d'application différée*, J. Sirinelli, RFDA 2019. 797