

N° 449040
UNSA Fonction publique

Section du contentieux

Séance du 8 juillet 2022
Décision du 26 juillet 2022

CONCLUSIONS

M. Laurent Cytermann, Rapporteur public

1. Le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif et le contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* opéré par le Conseil constitutionnel ont ceci de commun qu'il s'agit de procès faits à un acte¹. Le juge y examine la conformité de l'acte contesté à des normes supérieures. Lorsqu'il le censure, l'acte disparaît de l'ordonnement juridique et cette décision est revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée (cf. CE, 22 mars 1961, *Simonet*, Rec. 211, pour les décisions d'annulation par le juge de l'excès de pouvoir, et CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme R...* n° 316734, Rec., pour les décisions du Conseil constitutionnel). Il existe cependant au moins une différence importante entre ces deux régimes de contrôle de la hiérarchie des normes, qui tient à la date d'effet de la disparition de l'acte censuré : l'annulation par le juge de l'excès de pouvoir est en principe rétroactive, l'acte annulé étant réputé n'être jamais intervenu (CE, 26 décembre 1925, *Rodière*, Rec. 1065), tandis qu'en vertu de l'article 62 de la Constitution, la loi déclarée inconstitutionnelle à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est en principe seulement abrogée pour l'avenir. C'est du problème posé par la superposition de ces deux offices que vous êtes saisis aujourd'hui.

Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel ne s'exerçant que sur les dispositions législatives et le juge de l'excès de pouvoir ne connaissant que des actes administratifs, les deux empires auraient pu continuer à coexister sans que jamais ne se pose de problème de frontière. Les ordonnances prévues par l'article 38 de la Constitution, qui constituent des interventions du pouvoir exécutif dans le domaine de la loi sur habilitation du législateur, avaient certes toujours présenté un caractère hybride mais leur régime contentieux les classait sans ambiguïté dans le domaine des actes administratifs : le juge de l'excès de pouvoir était compétent pour en connaître (CE, Sect., 3 novembre 1961, *Damiani*, Rec. 607 ; Ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, Rec. 658) jusqu'à leur ratification par le Parlement (CE, 8 décembre 2000, *H... et autres*, n° 199072, Rec. ; CE, 23

¹ La formule employée par Laferrière (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*) pour décrire le recours pour excès de pouvoir pouvant aussi s'appliquer au contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel.

octobre 2002, *Société « Laboratoires Juva santé »*, n° 232945, Tab.), tandis que depuis la création de la QPC, le Conseil constitutionnel réservait le caractère de « *dispositions législatives* » au sens de l'article 61-1 de la Constitution aux ordonnances ratifiées (décision n° 2011-219 QPC du 10 février 2012).

Les décisions rendues par le Conseil constitutionnel il y a un peu plus de deux ans (décisions n° 2020-843 QPC du 28 mai 2020 et n° 2020-851/852 QPC du 3 juillet 2020) ont remis en cause cet équilibre. En jugeant que les dispositions d'une ordonnance devaient être regardées dès l'expiration du délai d'habilitation et sans attendre leur ratification comme des dispositions législatives au sens de l'article 61-1, le Conseil constitutionnel les a attirées dans l'orbite de son contrôle.

L'Assemblée du contentieux a en conséquence redéfini l'office du juge administratif, lorsqu'il est saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre une ordonnance ou d'une exception d'illégalité de cette dernière (CE, Ass., 16 décembre 2020, *Fédération CFDT des finances et autres, Confédération générale du travail et autres, Fédération des personnels des services publics et des services de santé Force Ouvrière*, n° 440258, 440289, 440457, Rec.). Votre décision, éclairée notamment par les conclusions de Vincent Villette et par ses commentateurs autorisés (C. Malverti et C. Beaufile, « L'ordonnance et ses juges », AJDA 2021 p. 258), manifeste une double volonté : celle de ne pas ajouter au chamboulement engendré par le revirement du Conseil constitutionnel le désordre qui aurait résulté d'une jurisprudence dissonante du Conseil d'Etat, et celle, expressément affirmée par son paragraphe 8, d'éviter que le nouveau régime contentieux des ordonnances ne se traduise par un recul du droit au recours des justiciables.

La décision *Fédération CFDT des finances* réaffirme donc le caractère d'acte administratif des ordonnances jusqu'à leur ratification par le Parlement, dont la légalité peut donc être contestée devant le juge administratif par voie d'action ou par voie d'exception. Conformément à la nouvelle jurisprudence du Conseil constitutionnel, dès l'expiration du délai d'habilitation, leur conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution ne peut plus être contestée que par la voie de la QPC, à condition que les dispositions critiquées relèvent bien du domaine de la loi. Pour autant, le juge administratif conserve la plénitude de sa compétence pour l'examen des autres moyens, qu'il s'agisse de la légalité externe, dont relève le respect de la loi d'habilitation (TC, 20 octobre 1997, *Albert c/ CPAM de l'Aude et autres*, n° 03032, Rec.), et pour la légalité interne, du respect des engagements internationaux de la France, des principes généraux du droit et même des principes et règles de valeur constitutionnel autres que les « *droits et libertés que la Constitution garantit* ». Le Conseil d'Etat peut même, alors qu'une QPC a été présentée devant lui, annuler l'ordonnance pour un autre motif² avant l'expiration du délai de trois mois dont il dispose pour statuer sur celle-ci, lorsque « *l'intérêt d'une bonne administration de la justice commande qu'il ne soit pas sursis à statuer* ».

Quoi qu'on en pense, ce nouveau régime contentieux est vite devenu familier à vos

² Qui ne peut cependant tenir au respect des engagements internationaux de la France, en vertu de la règle de priorité de l'examen de la QPC énoncée par l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

formations de jugement, la période de la crise sanitaire, particulièrement fertile en ordonnances, y ayant sans doute contribué. Nous avons dénombré, depuis l'affaire *Fédération CFDT des finances*, quatorze décisions se prononçant sur des QPC dirigées contre des ordonnances. Cinq d'entre elles, après avoir vérifié que les dispositions critiquées relèvent du domaine de la loi, refusent de renvoyer la question de constitutionnalité pour défaut de présentation dans un mémoire distinct³ ; six fondent le refus de renvoi sur le défaut de caractère nouveau ou sérieux des questions posées⁴ ; trois procèdent au renvoi⁵. Parmi ces trois affaires, celle relative à l'ordonnance portant réforme de l'encadrement supérieur de la haute fonction publique (CE, 12 octobre 2021, *Union syndicale des magistrats administratifs et autres*, n° 454719, 454775, 455105, 455150, Inéd.) a donné lieu à une décision déclarant les dispositions renvoyées conformes à la Constitution (décision n° 2021-961 QPC du 14 janvier 2022) ; une seconde, relative à une ordonnance autorisant le recours aux moyens de télécommunication audiovisuelle en matière pénale durant la crise sanitaire (CE, 12 avril 2021, *Syndicat des avocats de France et autres*, n° 447916, Inéd.), a donné lieu à une décision du Conseil constitutionnel excluant la remise en cause, au motif de leur inconstitutionnalité, des mesures prises sur le fondement des dispositions censurées⁶ (décision n° 2021-911/919 QPC du 4 juin 2021), de sorte que vous n'avez pu qu'écarter ce moyen (CE, 4 août 2021, *Syndicat des avocats de France et autres*, n° 447916, Inéd.) ; la troisième affaire est celle qui vient d'être appelée. Le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2021-917 QPC du 11 juin 2021, y a abrogé les dispositions en cause et jugé que cette abrogation prenait effet le jour de la publication de sa décision et qu'elle était « applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date ». C'est la première fois, depuis votre décision *Fédération CFDT des finances*, que vous êtes amenés à connaître d'une demande d'annulation d'une ordonnance après que le Conseil constitutionnel l'a abrogée. Voilà pourquoi nous sommes ici aujourd'hui.

Alors qu'elle définit de manière complète le mode d'emploi de l'examen d'une QPC contre une ordonnance, la décision d'Assemblée est plus évasive sur la conduite à tenir après que le Conseil constitutionnel s'est prononcé. Deux de ses trente paragraphes abordent cette question. Le paragraphe 7 se borne à paraphraser l'article 62 de la Constitution, en relevant que si la décision du Conseil constitutionnel déclare les dispositions de l'ordonnance inconstitutionnelles, celles-ci sont « 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 ». Le paragraphe 11 concerne plus directement votre

³ CE, 22 juillet 2021, *SNU-TEFI et autres*, n° 441352, Inéd. ; 4 août 2021, *Syndicat des avocats de France et autres*, n° 447916, Inéd. ; 24 février 2022, *ADDE et autres*, n° 450285, Inéd. ; 2 mars 2022, *M. M...*, n° 439830, Inéd. ; 12 mai 2022, *Consorts L...*, n° 444994, Inéd.

⁴ CE, 21 décembre 2020, *Syndicat de la juridiction administrative*, n° 441399, Inéd. ; 2 avril 2021, *Syndicat des avocats de France*, n° 447060, Inéd. ; 13 juillet 2021, *Association pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine*, n° 452060, Inéd. ; 7 juillet 2021, *Opéra de Rouen Normandie*, n° 451752, Inéd. ; 24 novembre 2021, *Syndicat des juridictions financières*, n° 455155, Inéd. ; 20 juin 2022, *Association pour l'égal accès aux emplois publics et la défense de la méritocratie républicaine*, n° 451852, Inéd. Il faut ajouter à cette liste une décision *M. S...* (CE, 7 octobre 2020, n° 441747, Inéd.), rendue avant la décision *Fédération CFDT des finances*.

⁵ Il faut y ajouter une décision *M. T...* (CE, 28 septembre 2020, n° 441059, Inéd.), rendue avant la décision *Fédération CFDT des finances*.

⁶ Qui avaient entre-temps été abrogées par le législateur.

office : « *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* ». Il vous revient donc, pour la première fois, de tirer ces conséquences, et pour ce faire, d'explicitier ce que cela implique.

2. Il faut ici dire quelques mots des dispositions en cause et de la requête dont vous êtes saisis, même s'il faut bien admettre que cela n'aura guère d'incidence sur la suite de notre propos.

Le congé pour invalidité temporaire imputable au service (CITIS) a été créé dans les trois fonctions publiques par une ordonnance du 19 janvier 2017⁷. Selon l'article 21 *bis* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui en est issu (cf. aujourd'hui les articles L. 822-18 à L. 822-25 du code général de la fonction publique), « *le fonctionnaire en activité a droit à un congé pour invalidité temporaire imputable au service lorsque son incapacité temporaire de travail est consécutive à un accident reconnu imputable au service, à un accident de trajet ou à une maladie contractée en service* ». Comme dans le droit antérieur, le fonctionnaire conserve l'intégralité de son traitement jusqu'à ce qu'il soit en état de reprendre son service ou jusqu'à la mise à la retraite et a droit au remboursement des honoraires médicaux et des frais directement entraînés par la maladie ou l'accident. La principale évolution tient au mode de reconnaissance de l'imputabilité au service des maladies professionnelles, puisque l'ordonnance du 19 janvier 2017 a étendu à la fonction publique le système des tableaux du régime général : lorsque le fonctionnaire souffre d'une maladie inscrite à un tableau et exerce ses fonctions dans les conditions définies par celui-ci, la maladie est présumée imputable au service. Pour les autres maladies, notamment les maladies psychiques, la reconnaissance reste soumise à un examen individuel permettant d'établir le lien essentiel et direct avec l'exercice des fonctions.

La requête de l'UNSA Fonction publique est dirigée contre une ordonnance complémentaire à celle ayant créé le CITIS, plus précisément contre l'article 7 de l'ordonnance n° 2020-1447 du 25 novembre 2020 portant diverses mesures en matière de santé et de famille dans la fonction publique. Celle-ci avait ajouté à l'article 21 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 un VIII, qui disposait : « *Nonobstant toutes dispositions contraires, peuvent être communiqués, sur leur demande, aux services administratifs placés auprès de l'autorité à laquelle appartient le pouvoir de décision et dont les agents sont tenus au secret professionnel, les seuls renseignements médicaux ou pièces médicales dont la production est indispensable pour l'examen des droits définis par le présent article* ». L'UNSA Fonction publique a contesté ces dispositions notamment en raison de l'atteinte excessive qu'elles porteraient au droit à la vie privée des fonctionnaires demandant le bénéfice du CITIS et elle a présenté une QPC. L'association des DRH des grandes collectivités et l'association nationale de médecine professionnelle des personnels territoriaux sont intervenues au soutien de la requête et vous avez admis ces interventions, par la même décision que celle ayant procédé au renvoi (CE, 6 avril 2021, *UNSA Fonction publique*, n° 449040, Inéd.).

⁷ Ordonnance n° 2017-53 du 19 janvier 2017 portant diverses dispositions relatives au compte personnel d'activité, à la formation et à la santé et la sécurité au travail dans la fonction publique.

Par sa décision du 11 juin 2021, le Conseil constitutionnel a admis qu'en donnant à l'administration les moyens de s'assurer que l'ouverture du droit à congé était conforme aux conditions légales, le législateur avait poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics. Il a toutefois estimé que l'article 7 de l'ordonnance portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, dès lors qu'il permettait aux services administratifs d'obtenir communication d'informations médicales auprès de tout tiers, sans le consentement des agents intéressés et sans que le secret médical puisse être opposé, et qu'en fonction de l'organisation des administrations, ces renseignements étaient susceptibles d'être communiqués à un très grand nombre d'agents. Comme nous l'avons déjà indiqué, il a prononcé l'abrogation immédiate du paragraphe VIII de l'article 21 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 et jugé que la déclaration d'inconstitutionnalité était applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à la date de publication de sa décision. Celle-ci ne comporte aucune autre indication sur les modalités selon lesquelles la déclaration d'inconstitutionnalité prend effet.

3. L'alternative qui se présente à vous est simple. L'UNSA Fonction publique vous demande l'annulation de l'article 7 de l'ordonnance du 25 novembre 2020. La décision du Conseil constitutionnel ayant seulement abrogé ces dispositions à compter du 11 juin 2021, la requête n'est pas devenue totalement sans objet. Une première possibilité consiste à retenir que la décision du Conseil constitutionnel a épuisé ce qui pouvait être jugé sur le fondement de l'inconstitutionnalité de l'ordonnance et donc à prononcer un non-lieu à hauteur de l'abrogation prononcée. Si l'union requérante n'avait soulevé aucun autre moyen, vous rejeteriez le surplus de sa requête ; mais comme elle en a présenté d'autres, vous décideriez du sort de ce surplus des conclusions au vu de ces moyens. L'autre option consiste à déduire de l'inconstitutionnalité déclarée par le Conseil constitutionnel que l'ordonnance était illégale dès son adoption et à prononcer son annulation sur ce fondement, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens. C'est la solution que nous allons vous proposer d'adopter.

Deux sujets doivent cependant vous être présentés au préalable afin de mieux situer les enjeux de la question posée. Le premier est relatif à la diversité des solutions adoptées par le Conseil constitutionnel quant aux effets dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité, le second aux différences d'implications pratiques entre l'annulation et l'abrogation.

3.1. Dès lors que le Conseil constitutionnel vient de rendre sa millième décision QPC (décision n° 2022-1000 QPC du 17 juin 2022), qu'environ un tiers donne lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité totale ou partielle⁸ et que chacune de ces décisions s'accompagne d'une prise de position sur les modalités de sa prise d'effet, on ne s'étonnera pas que la matière soit riche. La professeure Pascale Deumier a pu parler de « *nouvelle branche du contentieux constitutionnel, particulièrement sophistiquée* » (« Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 47, 2015), tandis que le professeur Mathieu Disant y voyait une « *source d'émerveillement, voire de fascination, mais aussi d'interrogations* » (« Le Conseil constitutionnel, maître du temps ? Le législateur, bouche du Conseil constitutionnel ? », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 40, 2013). Une

⁸ Conseil constitutionnel, 10 ans de QPC en chiffres.

thèse y a été dédiée (M. Benigni, *L'application dans le temps des décisions QPC*, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2019) et plusieurs thèses récentes en contentieux constitutionnel y consacrent des développements importants (cf. notamment S. Benzina, *L'effectivité des décisions QPC du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 2017).

Tout part, comme il se doit, de la Constitution. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inséré à l'article 62 un deuxième alinéa, qui dispose : « *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.* ». Les conditions d'application dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité doivent ainsi être analysées selon deux axes : d'une part, le caractère immédiat ou différé de l'abrogation ; d'autre part, l'étendue et les modalités de la remise en cause des effets passés.

Dès les débuts de la QPC, le Conseil constitutionnel a articulé ces deux axes en un considérant de principe qui n'a plus varié depuis : selon ses décisions du 25 mars 2011 (n° 2010-108 QPC et n° 2010-110 QPC), « *si, 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, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et 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* ». L'abrogation ne pourrait si elle était « sèche » bénéficier à l'auteur de la QPC, puisque le litige dont elle est issue est par construction antérieur à la déclaration d'inconstitutionnalité. Mais le Conseil constitutionnel, qui avait dès l'examen de la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution marqué son souci de « *l'effet utile* »⁹ de la QPC pour son auteur (décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009), assortit l'abrogation d'une « *rétroactivité procédurale* », selon l'expression employée par le professeur Thierry Di Manno au sujet de la jurisprudence analogue de la Cour constitutionnelle italienne (« *La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, RFDA 2004, 700). L'application de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'auteur de la QPC et aux instances en cours étant de principe, elle joue même lorsque la décision ne l'indique pas explicitement (cf. en ce sens « *Les effets dans le temps des décisions QPC du Conseil constitutionnel* », communiqué sur le site du Conseil constitutionnel, avril 2011) et ne peut être écartée que par des mentions expresses.

Lorsque l'abrogation prononcée est immédiate, elle s'accompagne le plus souvent de l'application aux instances en cours ou, selon l'expression employée concomitamment par le Conseil constitutionnel, aux « *affaires non jugées définitivement* »¹⁰. Il arrive cependant,

⁹ Sur cette notion, cf. notamment S. Mouton et al., « *L'effet utile des décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan critique* », *Titre VII. QPC 2020, les 10 ans de la question citoyenne*, 2020.

¹⁰ Il arrive que le Conseil constitutionnel circoncrive davantage le périmètre des affaires dans lesquelles l'inconstitutionnalité peut être invoquée, en n'y incluant que celles « *dont l'issue dépend des dispositions déclarées inconstitutionnelles* » (décisions n° 2010-33 QPC du 22 septembre 2010 et n° 2010-78 QPC du 10 décembre 2010) ou celles dans lesquelles une partie l'a invoquée à l'encontre d'une décision juridictionnelle

lorsque les dispositions censurées ont été entre-temps abrogées ou modifiées par le législateur, que le Conseil constitutionnel estime que la remise en cause des actes ou des impositions prises sur leur fondement aurait des « *conséquences manifestement excessives* », ce qui le conduit à exclure qu'elles puissent être contestées sur le fondement de l'inconstitutionnalité (cf. notamment les décisions n° 2016-567/568 QPC du 23 septembre 2016, n° 2019-802 QPC du 20 septembre 2019 et n° 2020-862 QPC du 15 octobre 2020). A l'inverse, le Conseil constitutionnel a le pouvoir de remettre en cause l'ensemble des effets passés des dispositions censurées, sous la seule limite de la prescription, mais nous n'avons identifié qu'une seule décision en ce sens : il s'agissait en outre d'une affaire très particulière, puisque la loi en cause, qui approuvait un contrat entre l'Etat et la compagnie agricole de la Crau, ne faisait supporter un prélèvement fiscal qu'à ce seul contribuable (décision n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010).

Lorsque l'abrogation est différée, c'est notamment en raison des « *conséquences manifestement excessives* » ou de l'atteinte à des principes constitutionnels qu'entraînerait une abrogation immédiate et ceci peut conduire au maintien en application des dispositions censurées jusqu'à la date fixée par la décision : un tel schéma, inauguré par la décision sur la garde à vue (décision n° 2010-14/22 QPC du 30 juillet 2010), se rencontre fréquemment en matière de procédure pénale (cf. par exemple la décision n° 2014-390 QPC) mais aussi dans d'autres domaines tels que le droit de l'environnement (décision n° 2014-395 QPC du 7 mai 2014). L'abrogation différée n'est toutefois pas nécessairement incompatible avec la recherche de l'effet utile, qui peut être conciliée avec elle par des techniques tels que l'injonction faite aux juridictions administratives ou judiciaires de surseoir à statuer jusqu'à l'intervention de la législation nouvelle et au législateur de prévoir l'application de celle-ci aux instances en cours à la date de la décision (décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, relative à la décrystallisation des pensions des ressortissants des anciennes colonies françaises), ou la définition par la décision elle-même de règles transitoires (décision n° 2017-651 QPC du 31 mai 2017, définissant pour les élections législatives de juin 2017 les règles relatives à la répartition du temps d'antenne sur le service public de radiodiffusion et de télévision).

La configuration dont vous êtes saisis, celle de l'abrogation immédiate avec application de la déclaration d'inconstitutionnalité aux instances en cours, n'est donc que l'une de celles induites par la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les effets dans le temps des décisions QPC. Elle est toutefois la plus fréquente, et de loin, les décisions d'abrogation immédiate représentant environ 70% des déclarations d'inconstitutionnalité¹¹ et leur très grande majorité s'accompagnant de cette « rétroactivité procédurale ». Nous croyons aussi qu'elle est la seule véritablement problématique, les solutions appelées par les autres configurations étant déjà définies par votre jurisprudence ou découlant mécaniquement de l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel.

n'ayant pas acquis un caractère définitif au jour de la publication de la décision QPC (décisions n° 2010-110 QPC du 25 mars 2011 et n° 2012-250 QPC du 8 juin 2012).

¹¹ Marc Guillaume, « Question prioritaire de constitutionnalité », Répertoire de contentieux administratif, avril 2022, § 449 ; Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Presses universitaires de France, 2016, 4^{ème} édition, p. 550.

En effet, lorsque le Conseil constitutionnel a exclu la remise en cause des mesures prises sur le fondement des dispositions censurées en raison de leur inconstitutionnalité, il va de soi que vous ne sauriez entrer dans la voie d'une annulation rétroactive pour ce motif. C'est ainsi que dans l'affaire *Syndicat des avocats de France*¹² précitée, vous avez écarté le moyen d'inconstitutionnalité dirigé contre les dispositions d'une ordonnance du 18 novembre 2020 relatives à la visioconférence devant les juridictions pénales. Vous avez ensuite examiné les moyens d'inconventionnalité, conformément au mode d'emploi défini par la décision *Fédération CFDT des finances*, accueilli celui tiré de la violation de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDHLF) sur le droit à un procès équitable ; vous avez cependant fait usage de vos propres pouvoirs de modulation dans le temps et jugé que les effets de ces dispositions devaient être regardés comme définitifs en raison des conséquences manifestement excessives d'une annulation rétroactive, en vous référant explicitement à la décision du Conseil constitutionnel relevant de telles conséquences.

De même, lorsque le Conseil constitutionnel enjoint au législateur de prévoir l'application de la loi nouvelle aux instances en cours à la date de sa décision, vous appliquez cette loi nouvelle, même d'office (CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, n° 316734, Rec., rendue à la suite de la décision n° 2010-1 QPC précitée). Lorsque le Conseil constitutionnel définit des règles transitoires dans l'attente de l'adoption de la nouvelle loi, vous appliquez ces règles transitoires (JRCE, 31 mai 2017, *Association « En Marche ! »*, n° 410833, Inéd. et 7 juin 2017, *Régions et peuples solidaires*, n° 411177, Inéd., rendues à la suite de la décision n° 2017-651 QPC précitée). Vous procéderiez certainement ainsi si le Conseil constitutionnel faisait usage de ces possibilités dans le cadre d'une QPC contre une ordonnance.

Dans toutes ces configurations, vous exécutez la décision du Conseil constitutionnel, comme vous l'impose le dernier alinéa de l'article 62 de la Constitution et sans que la portée de cette exécution ne suscite d'interrogations. En revanche, la formulation de principe, qui vous impose seulement d'appliquer la déclaration d'inconstitutionnalité aux affaires en cours, laisse ouverte une alternative entre annulation et abrogation.

3.2. Les différences de conséquences pratiques entre les deux termes de l'alternative ne doivent certes pas être exagérées. Ceci résulte d'abord de la courte existence de l'ordonnance attaquée, à peine plus de six mois s'étant écoulés entre son édicition et la décision du Conseil constitutionnel prononçant son abrogation. De manière générale, compte tenu de la brièveté des délais de recours contre l'ordonnance et des délais d'examen de la QPC par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, il est probable que la durée de cette période intercalaire ne sera jamais beaucoup plus longue.

Il faut aussi rappeler qu'en excès de pouvoir, si l'acte annulé est réputé n'être jamais intervenu, tel n'est pas le cas de l'ensemble des mesures consécutives. L'annulation d'un acte réglementaire reste sans effet sur les décisions individuelles créatrices de droit prises sur son

¹² L'affaire *Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et M. B...* (CE, 5 mars 2021, n° 440037, Tab. ; 23 septembre 2021, n° 440037, Inéd.) procède d'un schéma analogue, l'ordonnance attaquée prévoyant des règles similaires relatives à l'usage de la visioconférence en matière pénale, si ce n'est que la décision rendue par le Conseil constitutionnel l'avait été sur renvoi de la juridiction judiciaire (décision n° 2020-872 QPC du 15 janvier 2021).

fondement et devenues définitives (CE, 3 décembre 1954, *Caussidery*, Rec. 640 ; Sect., 1^{er} avril 1960, *Sieur Quériaud*, Rec. 245).

Pour autant, même lorsque la durée d'existence de l'acte en cause a été limitée, l'étendue des effets de l'annulation est plus importante que celle de l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel, fut-elle assortie de la « rétroactivité procédurale ». L'annulation de l'ordonnance implique, par voie de conséquence, celle de l'ensemble des décisions administratives consécutives qui n'auraient pu légalement être prises en son absence ou qui sont intervenues en raison de l'ordonnance, notamment celles prises pour son application ou celles dont elle constitue la base légale (CE, Sect., 30 décembre 2013, *Mme O...*, n° 367615, Rec.). Le juge administratif doit en outre relever un tel moyen d'office, en raison de l'autorité absolue des décisions d'annulation en excès de pouvoir.

Prenons l'exemple d'une décision individuelle de refus du CITIS, prise au vu des informations médicales obtenues par l'administration en vertu des dispositions censurées, et édictée moins de deux mois avant la décision du Conseil constitutionnel : dès lors qu'elle peut encore faire l'objet d'un recours après celle-ci, elle pourra être annulée par voie de conséquence de l'annulation de l'ordonnance. Si l'on s'en tenait à l'abrogation prononcée par le Conseil constitutionnel, une telle décision, qui n'aurait fait l'objet d'aucune contestation avant la décision, ne bénéficierait pas de l'application aux « instances en cours » ; dès lors qu'en excès de pouvoir, la légalité d'un acte s'apprécie au regard des règles de droit à la date de son édicton, elle ne serait donc pas annulée. La même observation peut être faite concernant des décisions prises plus longtemps avant la décision du Conseil constitutionnel mais qui n'auraient pas été notifiées avec la mention des voies et délais de recours.

L'un de vos avis contentieux, rendu en matière fiscale, conduit cependant à s'interroger sur l'étendue de l'application des déclarations d'inconstitutionnalité aux affaires non jugées définitivement. Selon cet avis (CE, 6 février 2019, *M. X... et SAS Bourgogne Primeurs*, n° 425509 et 425511, Tab.), une décision par laquelle le Conseil constitutionnel, statuant sur une QPC, déclare une disposition législative contraire à la Constitution¹³ ne constitue pas, en elle-même, un événement ouvrant le délai de réclamation au sens des articles R. 196-1 et R. 196-2 du livre des procédures fiscales (LPF). Pour autant, lorsque le Conseil constitutionnel précise que la déclaration d'inconstitutionnalité est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à la date de publication de sa décision, cette déclaration peut être invoquée dans toutes les procédures contentieuses en cours, quelle que soit la période d'imposition sur laquelle porte le litige. L'avis ajoute qu'elle « peut l'être aussi à l'appui de toute réclamation encore susceptible d'être formée eu égard aux délais fixés par les articles R. 196-1 et R. 196-2 du livre des procédures fiscales ». Ainsi, alors même que le contribuable n'aurait présenté aucune réclamation avant la décision du Conseil constitutionnel, il pourrait bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité dans le cadre d'une réclamation ultérieure, sous la seule réserve des délais de réclamation qui sont compris entre un et deux ans pour les impôts locaux et entre deux et trois ans pour les autres impôts.

¹³ L'avis réitère sur ce point une solution antérieure (CE, 11 janvier 2019, *SCI Maximoise de création et SAS AEGIR*, n° 424819, 424821, Rec.) et l'étend aux décisions énonçant une réserve d'interprétation.

Une telle acception de la notion « *d'affaires non jugées définitivement* » revient à faire produire à l'abrogation des effets très proches de ceux de l'annulation rétroactive. En effet, même l'annulation rétroactive ne permet aux intéressés de faire valoir leurs droits que dans la limite de la prescription¹⁴. Si l'on étendait la logique de la jurisprudence *X... et SAS Bourgogne Primeurs* au contentieux général, cela signifierait qu'un requérant pourrait, après la décision du Conseil constitutionnel, contester une décision antérieure à celle-ci et non encore devenue définitive et bénéficier de la déclaration d'inconstitutionnalité.

Dans ses conclusions sur cette affaire, Karin Ciavaldini justifiait cette solution par deux arguments. Le premier avait trait aux variations terminologiques des décisions du Conseil constitutionnel, certaines décisions (cf. notamment la décision n° 2013-360 QPC du 9 janvier 2014) ayant mentionné les « *affaires nouvelles* » aux côtés des « *affaires non jugées définitivement* », et d'autres prévoyant expressément que la déclaration d'inconstitutionnalité ne pourrait être invoquée à l'encontre d'impositions non contestées avant la date de publication (cf. notamment la décision n° 2013-351 QPC du 25 octobre 2013). Le second tenait au respect du droit au recours, qui ne permettrait de restreindre l'invocation de l'inconstitutionnalité par les requérants non encore forclos qu'en raison d'un motif d'intérêt général, ce qui relèverait d'une appréciation au cas par cas du Conseil constitutionnel. Une position identique avait été défendue, dans un contexte plus général, par Jean-Philippe Thiellay¹⁵ dans ses conclusions sur les premières affaires portées en Assemblée du contentieux quant aux suites des déclarations d'inconstitutionnalité (CE, Ass., 13 mai 2011, *Mme D... et M. V...*, n° 317807, Rec. ; *Mme W...*, n° 329290, Rec.). Notre collègue l'estimait nécessaire pour préserver l'attractivité de la QPC par rapport au contrôle de conventionnalité.

Pourtant, nous ne croyons pas que cette interprétation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui a été critiquée par certains auteurs (cf. en ce sens S. Benzina, « Le champ d'application de l'effet utile des décisions QPC d'inconstitutionnalité », AJDA 2019 p. 1226), doive être retenue en contentieux général. Nous n'avons pas de difficultés à admettre qu'il existe une « *affaire non jugée définitivement* » dès lors qu'une réclamation a été présentée à l'administration, que ce soit en matière fiscale où cette réclamation est le point de départ de l'instance contentieuse (CE, Ass., 31 octobre 1975, *Société Coq-France*, n° 97234, Rec.) ou dans les autres domaines, où un recours préalable obligatoire est regardé comme une action contentieuse pour l'application de la jurisprudence sur la responsabilité de l'Etat du fait des lois de validation inconventionnelles (CE, 17 décembre 2008, *Société La Clinique des Charmilles*, n° 307469, Tab.)¹⁶. Mais il n'en va pas de même des situations dans lesquelles aucune action n'a été engagée avant la décision du Conseil constitutionnel. Selon le

¹⁴ Les délais prévus par les articles R. 196-1 et R. 196-2 du LPF sont des délais de réclamation et non des délais de prescription (cf. sur cette distinction entre forclusion et prescription, les conclusions de Benoît Bonhert sur CE, Sect., 31 mars 2017, *Min. c/M. Amar*, n° 389842, Rec.), ce qui explique qu'ils soient fixés par des dispositions réglementaires et non législatives. Pour autant, leur longueur s'apparente à celle de délais de prescription et l'article R. 196-3 aligne d'ailleurs le délai de réclamation sur le délai de reprise de l'administration (qui est bien quant à lui un délai de prescription) lorsque le contribuable fait l'objet d'une procédure de rectification.

¹⁵ « *Nous pensons que vous devrez conserver la possibilité de regarder « l'instance engagée » comme visant tout justiciable à qui la disposition législative a été appliquée avant la décision sur la QPC et disposant encore d'une voie de droit ouverte, qu'un juge ait été ou non effectivement saisi.* »

¹⁶ L'on pourrait même aller jusqu'à admettre qu'un recours administratif non obligatoire, dès lors qu'il conserve le délai de recours, initie également une affaire.

considérant de principe des décisions du Conseil constitutionnel, dont la rédaction n'a pas varié depuis 2011, la disposition inconstitutionnelle ne doit pas être appliquée en principe aux « *instances en cours* » : or une instance implique l'engagement d'une procédure et les termes « *en cours* » impliquent que cette procédure ait débuté. Il est vrai que les termes dans lesquels le juge constitutionnel applique ce considérant de principe aux cas d'espèce sont davantage sujets à variation, mais ces modifications ne doivent pas être surinterprétées. Lorsque le Conseil constitutionnel retient l'application de la déclaration d'inconstitutionnalité « *aux affaires nouvelles ainsi qu'aux affaires non jugées définitivement* », il suggère bien que les « *affaires nouvelles* » sont autres que les « *affaires non jugées définitivement* » ; au demeurant, cette formulation intervenue dans quelques décisions rendues en 2014¹⁷ n'a plus été utilisée depuis. La circonstance que le Conseil constitutionnel écarte parfois explicitement l'application aux impositions non contestées avant la date de publication¹⁸ peut certes être un point d'appui, par une lecture *a contrario*, en faveur de la jurisprudence *X... et SAS Bourgogne Primeurs*, mais on ne retrouve pas ce type de rédaction en dehors de la matière fiscale.

En outre, l'application de la déclaration d'inconstitutionnalité aux affaires postérieures nous paraît méconnaître l'objet de la « *rétroactivité procédurale* ». Le point de départ de celle-ci est la garantie de l'effet utile en faveur de l'auteur de la QPC ; y sont assimilées les personnes ayant engagé une action avant la décision du Conseil constitutionnel. Les personnes n'ayant pas engagé une telle action sont dans une autre situation, car leur recours peut avoir été motivé par la volonté de bénéficier d'une inconstitutionnalité désormais connue, ce qui est qualifié par certains auteurs « *d'effet d'aubaine* » (cf. les articles précités des professeurs Deumier et Benzina). Dans son communiqué consécutif aux décisions du 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel indiquait d'ailleurs qu'en « *l'absence de mention expresse en ce sens dans la décision du Conseil constitutionnel, l'inconstitutionnalité de la loi ne peut pas être invoquée dans des instances qui seraient introduites postérieurement à cette même décision* ».

Enfin, le risque d'une atteinte au droit au recours ne nous paraît pas caractérisé, dès lors que c'est la Constitution elle-même qui prévoit qu'en principe, l'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité se limite à l'abrogation, ce qui correspond au modèle d'autres pays européens comme l'Italie ou l'Autriche, et que l'effet utile pour l'auteur du recours est préservé. Si la Cour européenne des droits de l'homme a esquissé la possibilité d'un tel contrôle du respect du droit au recours par la procédure de QPC dans une ordonnance *Chessa c/ France* (CEDH, 6 février 2018, n° 76186/11), il s'agissait en l'espèce d'une décision du Conseil constitutionnel reportant l'abrogation, ce qui posait la question de l'existence d'un motif d'intérêt général le justifiant.

Si l'on s'inscrit dans le sillage de l'avis *X... et SAS Bourgogne Primeurs*, la supériorité de l'annulation sur l'abrogation est toute platonique et tient uniquement à la disparition de l'ordonnance du droit positif. Mais nous pensons que l'annulation entraîne réellement une remise en cause plus générale des décisions prises sur le fondement de l'ordonnance censurée.

¹⁷ Cf., outre la décision précitée, les décisions n° 2014-375 QPC du 21 mars 2014 et n° 2014-374 QPC du 4 avril 2014.

¹⁸ Cf. les décisions n° 2013-351 QPC du 25 octobre 2013, n° 2013-362 QPC du 6 février 2014 et n° 2016-620 QPC du 30 mars 2017.

4. Plusieurs arguments plaident en faveur d'une annulation rétroactive sur le fondement de l'inconstitutionnalité déclarée par le Conseil constitutionnel. Le premier tient à la simplicité : dès lors qu'une inconstitutionnalité, c'est-à-dire une contrariété au texte placé au sommet de la hiérarchie des normes, a déjà été constatée par le juge constitutionnel, est-il souhaitable que les requérants s'astreignent à développer d'autres moyens, et le juge administratif à les examiner ? Le chemin qui conduit de l'inconstitutionnalité à l'annulation est le plus direct.

Le détour par les autres moyens, au premier rang desquels figureront nécessairement les moyens d'inconventionnalité, présente en outre l'inconvénient d'inciter les requérants à privilégier ce terrain, à l'encontre des objectifs poursuivis par le constituant lorsqu'il a créé la QPC. Compte tenu de la proximité fréquente de substance entre les normes constitutionnelles et conventionnelles, le juge de l'excès de pouvoir pourra certes accueillir le moyen d'inconventionnalité en se fondant souvent sur des motifs analogues à ceux retenus par le Conseil constitutionnel pour prononcer l'inconstitutionnalité. Les requérants pourraient néanmoins estimer qu'il est plus fructueux de faire porter d'emblée leur effort sur la démonstration de l'inconventionnalité, seule susceptible si l'on suit cette voie de conduire à l'annulation rétroactive.

En outre, l'esprit de la jurisprudence *Fédération CFDT des finances* est d'éviter toute régression dans le contrôle juridictionnel des ordonnances. Or, avant que le Conseil constitutionnel ne fasse évoluer sa jurisprudence, l'inconstitutionnalité d'une ordonnance entraînait son annulation rétroactive. La limitation des conséquences de l'inconstitutionnalité à l'abrogation affaiblirait la portée de ce contrôle.

L'opportunité jurisprudentielle conduit donc à déduire l'annulation de l'inconstitutionnalité. Mais nous n'ignorons pas que votre office, tel que défini par la décision *Fédération CFDT des finances*, est de « *tirer les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel* ». C'est donc avant tout au respect des termes de celle-ci qu'il convient de s'attacher.

C'est là que réside l'objection la plus forte, qui avait conduit Vincent Villette, dans ses conclusions sur cette affaire, ainsi que les auteurs de la chronique à l'AJDA à préconiser de s'en tenir au non-lieu à hauteur de l'abrogation prononcée. En effet, l'article 62 de la Constitution confie au Conseil constitutionnel le soin de déterminer « *les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause* ». En droit, rien n'interdit au Conseil constitutionnel de remettre en cause l'ensemble des effets passés de l'ordonnance, en donnant à sa décision la portée d'une annulation rétroactive. S'il ne l'a pas fait expressément, êtes-vous en droit de le faire ? En ce sens, le professeur Disant estimait dans l'article précité que « *les juges judiciaire et administratif n'ont pas la possibilité de prévoir une application aux litiges en cours que le Conseil n'aurait pas lui-même prévue* ».

L'objection se surmonte pourtant. Vous avez déjà franchi un grand pas en ce sens : lorsqu'une disposition législative a été censurée à l'occasion d'un recours contre son décret d'application, vous jugez qu'alors même que la décision du Conseil constitutionnel « *ne comporte aucune prescription sur les effets produits par les dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution* », l'application de la déclaration d'inconstitutionnalité à l'auteur de la QPC

implique l'annulation du décret (CE, 30 mai 2018, *Mme Z...*, n° 400912, Rec.)¹⁹. Lorsque le décret est nécessaire à l'entrée en vigueur de la loi, une telle annulation a une portée très proche d'une disparition rétroactive de la loi, qui se trouve définitivement paralysée pour la période antérieure à son abrogation.

Surtout, nous ne voyons pas en réalité quel autre sens pourrait être donné, dans le cas d'un recours en excès de pouvoir contre une ordonnance, à l'application à l'auteur de la QPC de la déclaration d'inconstitutionnalité. Lorsque le Conseil constitutionnel juge qu'en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la QPC, il veut dire que cet auteur doit en retirer un bénéfice additionnel à celui engendré par l'abrogation, qui profite à tous. Où serait ce bénéfice additionnel si la déclaration d'inconstitutionnalité n'entraînait pas d'autre effet que l'abrogation ? Certes, la QPC ayant ordinairement le caractère d'une exception d'inconstitutionnalité, son application à son auteur ne produit en principe que des effets relatifs. Mais vous touchez ici à la singularité née de l'extension de la QPC aux ordonnances, alors qu'elle n'a pas été pensée pour elles. L'application du régime de la QPC à des actes administratifs susceptibles de recours pour excès de pouvoir implique un effort de transposition de ses termes, conduisant à leur donner un sens quelque peu différent de leur sens habituel. Ainsi, en renvoyant au Conseil constitutionnel des QPC présentées contre des ordonnances à l'occasion de recours pour excès de pouvoir, vous avez admis que ces dispositions étaient « *applicables au litige* » au sens de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, alors qu'elles sont en réalité l'objet-même du litige. Vous pourrez de même admettre que faire bénéficier l'auteur de la QPC de la déclaration d'inconstitutionnalité, c'est lui donner gain de cause sur ce fondement quant à l'annulation qu'il demande.

5. Si vous nous suivez, vous annulerez donc l'article 7 de l'ordonnance attaquée, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête. Il n'est guère utile de s'interroger sur une éventuelle modulation des effets dans le temps d'une telle annulation : outre qu'elle porterait sur une période fort limitée, elle impliquerait aux termes de la jurisprudence *Association AC !* (CE, Ass., 11 mai 2004, n° 255886, Rec.) l'existence de « *conséquences manifestement excessives* », que le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître en procédant à une abrogation immédiate.

Si vous ne nous suivez pas, vous écarterez le moyen d'inconstitutionnalité et examinerez les autres moyens. Vous accueillerez le moyen tiré de la méconnaissance du droit à la vie privée garanti par l'article 8 de la CESDHLF, pour des motifs analogues à ceux retenus par la décision QPC : la CEDH juge que « *la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention* » et que « *le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention* » (CEDH, 27 août 1997, *M. S. c/ Suède*, n° 20837/92) ; elle condamne l'Etat partie lorsque le droit

¹⁹ Cette solution ne joue pas lorsque le Conseil constitutionnel a différé l'abrogation : le Conseil d'Etat écarte alors le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la base légale du décret (CE, 14 novembre 2012, *Association France Nature Environnement réseau juridique*, n° 340539, Tab. ; 12 décembre 2018, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 417244, Rec. ; 7 avril 2022, *GISTI*, n° 448296, Inéd.).

applicable ne définit pas avec une netteté suffisante l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation accordé aux autorités compétentes (CEDH, 29 avril 2014, *L.H. c/ Lettonie*, n° 52019/07). Vous annulerez donc là encore, par cet autre chemin, l'article 7 de l'ordonnance attaquée.

* *
*

La décision que vous rendrez constituera une nouvelle étape de la redéfinition du régime contentieux des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Elle ne sera pas nécessairement la dernière. Peut-être que comme au sujet de la responsabilité de l'Etat du fait des lois inconstitutionnelles²⁰, le Conseil constitutionnel reprendra à son compte votre position la prochaine fois qu'il déclarera l'inconstitutionnalité d'une ordonnance, en adoptant une rédaction plus explicite quant aux effets de cette déclaration. Peut-être retiendra-t-il une solution différente. S'agissant des effets dans le temps de ses décisions, le Conseil constitutionnel a le dernier mot, mais il vous appartient aujourd'hui de prendre position en premier.

PCMNC :

- **à l'annulation de l'article 7 de l'ordonnance attaquée ;**
- **à ce qu'il soit mis à la charge de l'Etat le versement à l'UNSA Fonction publique d'une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.**

²⁰ Cf. CE, Ass., 24 décembre 2019, *Société hôtelière Paris Eiffel Suffren*, n° 425983, Rec. et la décision n° 2019-828/829 QPC du 28 février 2020.