

CONCLUSIONS

M. Xavier DOMINO, rapporteur public

1. Pour qui a un peu de culture en droit public, le caractère exceptionnel de l'affaire qui vient d'être appelée se comprend à sa seule description : le président du Sénat vous demande l'annulation du décret du Président de la République nommant M. Vi..., président de Section du Conseil d'Etat, président de la Commission dite de redécoupage électoral. Il fait valoir que l'autorité de nomination n'aurait pas dû passer outre le refus qui a été celui du Sénat, dans des conditions sur lesquelles nous reviendrons, d'émettre l'avis qu'il lui revenait de rendre avant une telle nomination.

En raison de la qualité de ses protagonistes et de la nature des enjeux qu'il soulève, ce litige va vous conduire à vous poser des questions certes inédites, mais d'un grand classicisme, sur de grandes notions du droit public comme l'acte de gouvernement, l'intérêt pour agir du Président du Sénat, ou les contours de la formalité impossible.

2. Malgré ce classicisme, le litige est aussi très « moderne », en ce sens qu'il n'aurait pas pu se présenter à vous avant l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, à l'origine de deux innovations sans lesquelles ni la décision attaquée, ni ce recours n'auraient existé. Il va ainsi vous conduire à confronter les vénérables principes de votre jurisprudence à des rouages institutionnels profondément renouvelés.

La première de ces innovations est celle ayant conduit à modifier l'article 13 de la Constitution, relatif aux compétences du Président de la République, qui prévoit notamment que ce dernier « nomme aux emplois civils et militaires de l'Etat ». Le cinquième alinéa ajouté à l'article 13 de la Constitution prévoit que pour certains emplois ou fonctions « en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation », le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée. L'article précise que le Président de la République ne peut procéder à une nomination lorsque l'addition des votes négatifs dans chaque commission représente au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés au sein des deux commissions. La loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 et la loi n° 2010-838 du même jour sont venues préciser la liste des emplois concernés (loi organique), les modalités selon lesquelles les commissions permanentes de chaque assemblée devaient se prononcer et les commissions permanentes compétentes selon

les emplois ou fonctions (loi ordinaire). L'avis est précédé d'une audition de la personne dont la nomination est envisagée, laquelle est publique.

La seconde de ces innovations a conduit à la création, par l'article 25 de la Constitution, d'une commission indépendante chargée de donner un avis sur les projets délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou répartissant les sièges de députés ou de sénateurs.

La création d'une telle Commission avait été préconisée par le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, présidé par E. Balladur. Elle codifie une pratique qui s'était instaurée : au moment du redécoupage de 1986, une commission indépendante du Gouvernement avait été créée¹, - notamment pour compenser l'absence de débat parlementaire résultant de ce que le redécoupage intervenait par ordonnance – qui avait donné un avis sur l'avant-projet préparé par le Gouvernement. Par la suite, en 1993, la commission de réforme du mode de scrutin, présidée par George Vedel avait proposé d'institutionnaliser une commission indépendante chargée d'accompagner le processus de découpage électoral, en proposant qu'elle soit composée de membres des juridictions administratives et judiciaires et d'experts de la démographie, de la géographie et des sciences politiques, ainsi que – ce point était débattu – de parlementaires. S'il n'avait pas été donné suite à cette proposition à l'époque, l'article 25 issue de la révision de 2008 a en revanche consacré et pérennisé l'idée sous une forme un peu différente.

La loi prise pour l'application de cette disposition est intervenue le 13 janvier 2009². Le choix qui a été retenu en 2008 a été celui d'un mélange, à parts égales, entre des hauts-magistrats (un conseiller d'Etat, un conseiller à la Cour de cassation et un conseiller-maître à la Cour des comptes) et des membres nommés par des autorités politiques (le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat). **La commission comprend donc six membres** (trois membres nommés, respectivement, par le Président de la République, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat, un conseiller d'Etat, un conseiller à la Cour de cassation, et un conseiller maître à la Cour des comptes), nommés pour une durée de six ans non renouvelable. Elle est renouvelée par moitié tous les trois ans. La commission est présidée par la personnalité qualifiée nommée par le Président de la République.

Le Conseil constitutionnel a validé cette organisation dans sa décision n° 2008-573 DC du 8 janvier 2009, en exigeant seulement que les membres désignés le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et la Cour des comptes, soient élus uniquement par ceux qui, à la date de l'élection, exercent un service effectif dans leur corps. Le Conseil constitutionnel a relevé dans sa décision que l'indépendance de la commission - exigence constitutionnelle posée à l'article 25 - était garantie par la durée du mandat, non renouvelable, la possibilité pour la commission de suspendre le mandat de l'un de ses membres ou y mettre fin si elle constate « *qu'il se trouve dans une situation d'incompatibilité, qu'il est empêché d'exercer ses fonctions ou qu'il a manqué à ses obligations* ».

S'agissant de sa mission, la commission est saisie par le Premier ministre des projets de loi ou d'ordonnance délimitant les circonscriptions pour l'élection des députés ou modifiant

¹ Composée de deux conseillers d'Etat, deux conseillers à la Cour de cassation, deux conseillers maître à la Cour des comptes.

² Loi n° 2009-39 relative à la commission prévue par l'article 25 de la Constitution

la répartition des sièges de députés ou de sénateurs et par le président de l'Assemblée nationale ou du Sénat des propositions de loi ayant le même objet. Ses avis sont publiés au journal officiel.

Les premiers membres de la commission prévue à l'article 25 de la Constitution ont été nommés par décret du Président de la République le 21 avril 2009. Il s'agissait M. Gu..., nommé par le Président de la République, M. Cu..., désigné par le président de l'Assemblée nationale, M. Ca..., désigné par le président du Sénat, Mme. Au... pour le Conseil d'Etat, M. As... pour la Cour de cassation et M. Le... pour la Cour des comptes. Un premier renouvellement de la commission a eu lieu en décembre 2012 qui a conduit au remplacement de Mme Au..., M. As... et M. Le..., par, respectivement, M. Ra..., M. Mo..., et M. Bu.³. Leur mandat court jusqu'au 20 avril 2018. Le mandat de MM. Gu..., Cu... et Ca... expirait le 21 avril 2015.

3. Près de 22 mois après la fin de ces mandats, le 14 février 2017, le Premier ministre a informé les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, de l'intention du Président de la République de nommer M. Vi... en qualité de président de la Commission prévue par l'article 25 de la Constitution. Il les a dans le même temps invités à procéder à la désignation de la personnalité qualifiée qu'il leur appartenait de choisir pour siéger dans cette commission.

La commission des lois de l'Assemblée nationale a auditionné M. Vi... le 21 février 2017. L'article 5 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 prévoyant que lorsqu'il est procédé à un vote en commission selon la procédure prévue au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution le scrutin doit être dépouillé au même moment dans les deux assemblées, les bulletins ont été placés sous scellés dans l'attente du vote de la commission des lois du Sénat.

Mais par courrier du 21 février 2017, le président du Sénat a indiqué au Premier ministre que la commission des lois ne devait pas en principe se réunir avant la reprise des travaux du Parlement qui suivrait les scrutins nationaux à venir (élections présidentielles et législatives 2017), soit après le printemps 2017 et qu'elle n'entendait pas le faire dans la précipitation alors que le siège du président de la commission était vacant depuis plus de deux ans.

Le 9 mars 2017, le Premier ministre a réitéré sa demande auprès du Président du Sénat que la commission des lois se réunisse pour procéder à l'audition de M. Vi... dans un délai de deux ou trois semaines, au terme duquel, a indiqué le Premier ministre « le Président de la République pourra considérer que l'absence d'avis par la commission compétente du Sénat ne saurait faire obstacle à l'exercice de ses prérogatives constitutionnelles ». Le président du Sénat a opposé un nouveau refus à cette demande le 28 mars 2017.

Les bulletins de vote de la commission des lois de l'Assemblée nationale ont finalement été dépouillés le 25 avril 2017. Sur 19 votes, 17 avis étaient favorables et 2 défavorables. Par décret du 26 avril 2017, le Président de la République a procédé à la

³ Le II de l'article 1^{er} de la loi n° 2009-39 prévoit que « Par dérogation à l'article L. 567-2 du code électoral, la première commission prévue à l'article 25 de la Constitution comprend trois membres, autres que son président, dont le mandat est de trois ans non renouvelable. Ils sont tirés au sort par la commission lors de l'installation de celle-ci. »

nomination de M. Vi... en qualité de président de la Commission prévue à l'article 25 de la Constitution.

C'est de cet acte et dans ces conditions que le président du Sénat vous a saisis.

Sa requête pose trois questions principales :

- celle de la compétence du Conseil d'Etat statuant au contentieux pour connaître de la nomination par le président de la République du président de la commission prévue à l'article 25 de la Constitution au regard de la théorie des actes de gouvernement.
- celle de la recevabilité du président du Sénat à agir en cette qualité contre cet acte
- celle enfin de la légalité de la décision attaquée.

4. La première question est celle de votre compétence pour connaître de l'acte attaqué.

Il vous revient en effet de vous interroger, et ce, même d'office, sur la question de savoir si la de nomination de M. VI... ?

Une telle qualification n'est en effet pas exclue pour un acte de nomination par le Président de la République, puisque votre Assemblée du contentieux a jugé qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître de la décision par laquelle le Président de la République nomme, en application des dispositions de l'article 56 de la Constitution, un membre du Conseil constitutionnel (CE, Ass., 9 avril 1999, *Mme Ba*, n° 195616, A).

Si, depuis l'abandon de la théorie du mobile politique par la décision du 19 février 1875, *Prince Napoléon*, la notion d'acte de gouvernement a vu ses contours redessinés, aucun critère n'a en réalité remplacé celui qui prévalait avant 1875 et il n'existe pas de définition générale qui permettrait d'appréhender de tels actes. Parmi les éminents juristes qui se sont essayés à l'élaboration d'une théorie de l'acte de gouvernement, même les plus brillants - Hauriou retenant pour les qualifier la nature politique des actes (Hauriou, *Précis de droit administratif*, 13^{ème} édition, Sirey, 1933), Carré de Malberg mettant en avant la circonstance qu'ils participent à l'exercice de la fonction gouvernementale, par nature distincte de la fonction administrative (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, tome 1, 1920), ou Odent, insistant sur le fait que de tels actes sont accomplis par l'exécutifs dans ses relations avec une autorité qui échappe au contrôle du juge administratif (Odent, *cours de contentieux administratif*, p. 397⁴ ; M. Virally, *L'introuvable acte de gouvernement*, RDP 1952, p. 317) – ont tous pu se voir opposer des contre-exemples, mettant à mal tout effort de systématisation.

En quittant donc l'ambition des systèmes pour adopter une approche plus modeste d'observation empirique, on constate que les actes de gouvernement se regroupent classiquement en deux sous-ensembles : l'un comprenant les actes du pouvoir exécutifs dans ses relations avec le Parlement, ainsi que les actes qui intéressent les rapports d'ordre constitutionnel entre le président de la République et le Gouvernement, et l'autre, hors du

⁴ « L'acte de gouvernement est un acte accompli par le pouvoir exécutif dans ses relations avec une autorité échappant à tout contrôle juridictionnel, c'est-à-dire principalement le législateur ou une puissance étrangère ».

champ de notre réflexion aujourd'hui, les actes non détachables de la conduite des relations internationales de la France.

La question qui se pose en l'espèce est donc celle de savoir si la décision de nomination se rattache à la notion de « rapports d'ordre constitutionnel entre les pouvoirs publics » comme la décision *Mme Ba*, n° 195616.

Cette décision est en réalité assez exceptionnelle dans le paysage jurisprudentiel qui est le vôtre. En effet les circonstances qu'une décision soit prise par le Président de la République et qu'elle concerne la nomination à la tête d'une autorité dont l'institution est prévue par la Constitution ne suffit pas à emporter la qualification d'acte de gouvernement.

Vous admettez en effet de connaître de la nomination des membres du Conseil économique et social (CE, Sect. 17 mai 1957, *Simonet*, p. 314) ou de ceux du Conseil supérieur de la magistrature (CE, Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, p. 157). De même toutes les nominations du Président de la République, dont le champ est déterminé par l'article 13 de la Constitution, ne sont pas, loin s'en faut des actes de gouvernement.

Celle des membres du Conseil constitutionnel présente en outre certaines spécificités, notamment par rapport à la nomination du président de la Commission de l'article 25 de la Constitution, qu'il convient de relever. Tout d'abord, cette désignation est dispensée de contreseing, en vertu de l'article 19 de la Constitution. C'est la seule nomination qui, avec celle du Premier ministre, relève du seul Président de la République. La soumission de cette nomination à la procédure de l'article 13 de la Constitution, n'a d'ailleurs entraîné aucun changement sur ce point. En outre ce n'est pas faire injure à la Commission de l'article 25 que de relever que la place qu'occupe le Conseil constitutionnel au sein des institutions de la Vème république, « *organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics* » (décision DC 62-20 du 6 novembre 1962), est à nulle autre pareille. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle vous avez jugé que vous étiez aussi incompétents pour connaître du règlement par lequel le Conseil constitutionnel avait défini un régime particulier pour l'accès à ses archives (CE, Assemblée, 25 octobre 2002, M. Br..., n° 235600, aux concl. contraires de Guillaume Goulard et avec une chronique assassine des responsables du centre).

La commission de l'article 25 est à bien des égards différente. Sur le plan de l'organisation, elle est composée non pas exclusivement de personnes désignées par des responsables politiques, mais pour moitié, par des magistrats, élus par leurs pairs. La nomination à laquelle procède le Président de la République est soumise au contreseing du Premier ministre. Sur le fond, la commission, se contente de rendre un avis public sur des projets, son rôle est consultatif. Elle intervient enfin sur des questions en lien avec les opérations électorales que nous acceptons désormais de contrôler pleinement (avec le Conseil constitutionnel, cf. CE, 16 septembre 2005, *Ho...*, n° 282171, p. 894, et, avant 1958, CE, ass. 8 juin 1951, *Hirschowitz*, p. 320, CE, Ass. 2 novembre 1951, *Tixier*, p. 512).

Enfin, contrairement à l'idée qui pu être émise en doctrine⁵, il nous semble que la circonstance que la nomination du président de la commission de l'article 25 de la Constitution soit soumise à la procédure prévue par le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution ne conduit pas à qualifier un tel acte d'acte de gouvernement. Nous y reviendrons en examinant la légalité de la décision contestée, mais disons dès à présent que le

⁵ La compétence de nomination du président de la cinquième République, L. Sponchiado, Dalloz, 2017 p. 470 et suivantes.

Parlement n'est pas devenu, avec le dernier alinéa de l'article 13, le co-auteur des nominations que le Président de la République prend après avoir recueilli son avis. Cela reste une décision du seul Président de la République, même si le parlement dispose en amont d'un droit de veto.

Dans ces circonstances, il nous semble donc exclu de voir dans la mesure attaquée un acte de gouvernement.

5. Mais si vous êtes compétents pour connaître d'un litige relatif à cette décision de nomination encore faut-il que la personne qui vous saisit fasse état d'un intérêt lui donnant qualité pour agir.

M. La... se prévaut de ses qualités de parlementaire et d'électeur.

Cette dernière qualité ne permet toutefois pas d'admettre la recevabilité de la requête dès lors que le litige n'est en rien de nature électorale. (CE, Ass. 19 octobre 1962, *Bo...*, n°59253, p. 553,).

Pour vous convaincre que sa qualité de parlementaire lui donne intérêt à agir, le président du Sénat met en avant la double circonstance que les manquements à la procédure de nomination du président de la Commission, « *portent atteinte aux prérogatives du Parlement* » et que la commission prévue par l'article 25 de la Constitution est chargée de se prononcer sur des textes qui intéressent l'élection des parlementaires.

Ce chemin n'est pas évident à emprunter au regard de votre jurisprudence. On notera cependant que sur ce point, le Gouvernement a précisé explicitement ne pas contester la qualité pour agir de M. La..., en sa qualité de président du Sénat, aux fins de défendre les prérogatives de l'institution qu'il préside ce qui est une question un peu différente de la seule qualité de parlementaire, seule mise en avant par M. La... lui-même.

Vous le savez, la jurisprudence refuse de reconnaître un intérêt général pour agir en qualité de parlementaire contre toutes les décisions administratives (Assemblée, 20 novembre 1981 *Sc... et autres*, n° 24923, au recueil p. 437 ; du 27 février 1987 *No...*, n° 64347, au recueil p. 84). La question est plus délicate cependant lorsqu'il est question d'actes qui sont susceptible de porter atteinte aux prérogatives du Parlement. La jurisprudence a longtemps évité de se prononcer, les décisions statuant sur le fond ou reconnaissant l'intérêt pour agir des parlementaires en se fondant sur une autre qualité de l'auteur de la requête⁶.

Les avis sur ce qu'il convient de faire sont partagés, notamment parmi les rapporteurs publics qui ont eu à prendre position sur le sujet. Les uns, comme - justement - le président M. Vi..., dans ses conclusions sur l'affaire *No...*, n° 64347, redoutent la création d'une « *sorte d'action ouverte à tous par l'intermédiaire des élus* », ou, comme le président M. Ma... (conclusions sur CE, 2 février 1987, *Jo... et Bl...*, n°82436) relèvent que « *représentant de la nation toute entière, [le parlementaire] fait partie d'un cercle d'intérêts trop vaste pour que son action ne se confonde pas avec l'action populaire.* », tandis que d'autres, telles Mme M-A. Latournerie (conclusions sur CE, 24 novembre 1978, *Sc... et De...*, n°4546), M. Roux (CE, Ass, 20 mai 1985, *Li... et Ga...*, n°6414), Mme de Saint-Pulgent (CE,

⁶ Electeur : Assemblée, 19 octobre 1962, *Bo...*, n°59253, p. 553 ; actionnaire d'une entreprise publique : *Jo... et Bl...* 2 février 1987, n°82436 ; usager du service public en cause : 11 février 2010, Mme Bv... et autres, n° 324233, au Recueil, 251935)

9 novembre 1988, *Fourcade*) ou, récemment, Rémi Keller, dans ses conclusions sur la décision *Fédération nationale de la libre pensée*, ne voient aucune raison de refuser l'intérêt pour agir à un parlementaire « *qui invoque une atteinte aux prérogatives du Parlement à l'encontre d'un acte sur lequel le Parlement n'a eu aucune prise* ».

C'est également ce que soutenait le président Labetoulle dans un article consacré au sujet publié dans la revue juridique de l'économie publique en mai 2010. Estimant que « *la jurisprudence sur la recevabilité du parlementaire ne peut plus être aujourd'hui ce qu'on a trop cru qu'elle était* », le président Labetoulle suggérait, en s'inspirant de la jurisprudence reconnaissant l'intérêt à agir d'un membre du conseil municipal à l'encontre d'un acte du maire portant atteinte aux prérogatives du conseil municipal (, CE, 1er mai 1903, *Sieur Bergeon et autres*, p. 323 ; CE, section, 30 octobre 1998, *ville de Lisieux*, p. 375) de permettre à un parlementaire de contester un acte administratif méconnaissant les compétences et prérogatives liées aux fonctions normatives et de contrôle du Parlement.

Mais vous le savez, l'assemblée du contentieux a refusé de sauter ce pas en juillet 2010 dans l'affaire *Fédération nationale de la libre pensée*, et préféré botter en touche par un rejet « sans qu'il soit besoin ». Par la suite, vous avez refusé d'admettre l'intérêt pour agir des parlementaires s'agissant du refus du pouvoir réglementaire d'édicter le décret d'application d'une loi (CE, *My...* du 23 novembre 2011, n° 341258, au recueil et aux concl. de notre collègue Béatrice Bourgeois-Machureau).

Est-ce à dire que la jurisprudence a définitivement pris parti et exclu qu'un parlementaire puisse saisir le juge administratif en cette qualité dans certaines hypothèses ? Nous ne le pensons pas. Nous partageons l'idée défendue par le président Labetoulle, selon laquelle tout dépend de l'acte qu'un parlementaire attaque. A cet égard, autant on pouvait considérer dans le précédent *My... et autres*, n° 341258, que le débat se nichait un peu trop en aval des compétences du Parlement pour que le recours soit recevable, autant en l'espèce, dans l'hypothèse qui est la nôtre, où ce qui est en cause, c'est un acte pris malgré l'absence de l'avis du Parlement, il ne nous semble guère faire de doute qu'il faille reconnaître l'intérêt. Et cela fait plus d'une centaine d'années, depuis votre décision *Bergeon, Dalle et autres*, précitée, de 1904 que vos reconnaissez aux membres d'une assemblée locale un intérêt à agir contre un acte qui a « mis obstacle à l'exercice de leur mandat ». Cette ligne de jurisprudence, constamment réaffirmée depuis, a contribué à l'équilibre démocratique local, et il n'y a aucune raison de la voir céder, au contraire, au niveau national, si ce n'est pour des mauvaises raisons.

A cela s'ajoute le fait que, parmi tous les parlementaires, les présidents de l'Assemblée et du Sénat ont un rôle évidemment particulier en ce qui concerne la défense des prérogatives de leur institution. Pour ce qui est donc de la procédure particulière qui est cause dans notre affaire, il nous semble que vous devriez à tout le moins reconnaître l'intérêt à agir des membres de la commission des lois qui aurait normalement dû donner son avis préalablement à l'édiction du décret.

Nous ne voyons donc pas comment vous pourriez opposer à la requête de M. La... une irrecevabilité que d'ailleurs personne en défense n'a soulevée.

6. Il est temps d'en venir à l'examen de la requête au fond.

Le président du Sénat ne conteste pas la compétence de la personnalité que le Président de la République a nommé Président de la Commission prévue à l'article 25 de la

Constitution. Les deux moyens qu'il soulève sont de procédure. Ils contestent, sur des fondements différents, la circonstance que le Président ait passé outre l'absence d'avis donné par la commission des lois du Sénat.

6.1 Le premier moyen est tiré de l'incompétence dont la décision du Président de la République serait entachée de ce fait.

Il repose sur l'idée, qu'on a déjà évoquée, selon laquelle la procédure prévue par le dernier alinéa de l'article 13 de la Constitution fait du Parlement le co-auteur de la décision de nomination prise par le Président de la République.

L'on pourrait être tenté de voir, dans l'intervention des commissions des lois du Sénat et de l'Assemblée nationale, un processus d'avis conforme, et, partant, de considérer que les décisions prises après un tel avis sont des décisions conjointes du Président de la République et du Parlement.

L'avis conforme est vous le savez l'avis, obligatoire, qui contraint le sens de la décision prise *in fine* par l'administration qui le sollicite. Si l'avis est défavorable, l'administration, ne peut que décider de le suivre, ou ne rien décider (CE, 22 février 1957, *Société coopérative de reconstruction de Rouen*, p.126). Il en est de même des décisions qui ne peuvent être prises que sur proposition (CE, Section, 26 mars 1965, *Sieur Mi... et Or...*, n°58803, p.196, concl. Bertrand, et sur la possibilité de ne pas prendre de décision ou de solliciter une autre proposition, CE, 9 avril 1948, *Faillet et autres*). Si l'avis est favorable, ou l'accord obtenu, rien n'interdit à cette autorité de refuser néanmoins de satisfaire la demande dont elle est saisie au titre de l'application d'autres dispositions que celles qui ont donné lieu à l'avis (CE, 7 novembre 1980, *ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ SCI Alvarado*, p.418, concl. D.Labetoulle, JCP 1981, II, n°19 530).

Depuis la décision *Ged* (Section 7 janvier 1955 p. 11.), vous jugez que le défaut de consultation d'un organisme dont l'avis conforme doit être recherché entache la décision ainsi prise d'un vice qui affecte la compétence de l'autorité qualifiée pour la prendre (voir en ce sens 29 janvier 1969 *Dame veuve Ch...*, n°66080, p. 43 ; 8 juin 1994 *Mme Lu...*, n°127032, aux tables,⁷). C'est un vice qui, comme l'incompétence classique, se soulève d'office (CE, 19 décembre 1956, *Dame Lancrin*, tables p. 733, Ass, 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, p 479). L'idée sous-jacente est qu'en cas d'avis conforme, la décision administrative est subordonnée au consentement de deux autorités. Sur le plan contentieux, ainsi que l'exposait Laferrière, « *Si donc l'auteur de la décision n'a pas pris ou n'a pas suivi l'avis, le vice de forme qui entache son acte participe de l'incompétence, car il a fait seul ce qu'il ne pouvait faire qu'en s'associant à une autre autorité ; il a ainsi usurpé la part de pouvoir réservée à cette autorité* »⁸.

Mais la procédure prévue par le cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution n'est ni celle d'un avis conforme, ni celle d'une nomination sur proposition des assemblées.

C'est une procédure certes proche, mais originale et particulière. Elle s'inspire, comme nombre de celles résultant de la révision constitutionnelle de 2008, d'une proposition du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des

⁷ Pour un raisonnement analogue du Conseil constitutionnel, cf. CC, 92-305 DC du 21 février 1992.

⁸ Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, Berger-Levrault, tome 2, 1888, p. 505

institutions de la Vème République, présidé par E. Balladur. Elle s'en écarte néanmoins. En effet, alors que le comité – suivi par le Gouvernement dans son projet de révision - avait proposé l'institution d'une commission mixte *ad hoc* de l'assemblée nationale et du Sénat (composée à la proportionnelle des groupes), qui rendrait un avis non contraignant – mais public – sur les nominations, le constituant a prévu le recueil de l'avis émis par la réunion des commissions compétentes de chaque assemblée, lequel peut être potentiellement bloquant, en cas de vote négatifs représentant une majorité des 3/5^{ème} des suffrages exprimés au sein des deux commissions.

Au final l'instauration d'un tel droit de veto est assez atypique.

Or ni la lettre de la Constitution, ni l'esprit de la réforme de 2008 qui transparait dans les travaux préparatoires ne nous semblent plaider pour qu'une logique de compétence partagée s'applique en l'espèce.

La lettre de la Constitution, en premier lieu, est claire. Malgré la reconnaissance de ce droit de veto, le principe demeure au deuxième alinéa de l'article 13 de la Constitution que c'est le Président de la République qui « *nomme aux emplois civils et militaires de l'Etat* ». D'ailleurs, le dernier alinéa, relatif à la procédure d'avis des assemblées parlementaires indique bien que c'est « *le pouvoir de nomination du Président* » qui s'exerce après avis, rappelant ainsi que le titulaire de ce pouvoir demeure le Président de la République et lui seul.

Par ailleurs, les travaux parlementaires sont extrêmement clairs : il n'a pas été question de faire du Parlement le co-auteur des décisions.

Lors de la révision constitutionnelle, le Gouvernement a clairement exprimé l'idée selon laquelle la modification de l'article 13 de la Constitution n'avait pas pour objet de transférer le pouvoir de nomination du Président de la République au Parlement, mais seulement de l'encadrer. Ainsi la Garde des sceaux soulignait qu'« il ne s'agit pas de transférer une responsabilité de l'exécutif au législatif mais seulement de donner un droit de regard au Parlement. » De même, plusieurs amendements qui prévoyaient d'avoir recours à un vote d'approbation du Parlement ont été rejetés par la commission des lois du Sénat au motif qu'ils conduiraient à la « *mise en place d'un avis conforme* ». Enfin, la Garde des sceaux a rejeté toute solution consistant à prévoir une approbation des nominations par le Parlement ou un droit d'opposition à la majorité simple au motif que cela reviendrait ici encore à « *transférer au Parlement le pouvoir de nomination du Président de la République* ». Encore une fois, indiquait la garde des sceaux, « *nous souhaitons encadrer, mais non transférer* ».

Il nous semble que pour ces motifs, vous ne pourrez qu'écarter ce premier moyen.

2. L'autre angle d'attaque de la requête est celui, plus évident, de l'irrégularité de procédure.

Il est soutenu que le poste auparavant occupé par M. Gu... était vacant depuis près de deux ans, et qu'aucune urgence, n'imposait que la commission des lois – qui ne devait pas se réunir avant les élections législatives - se réunisse pour rendre un avis sur la nomination de M. Vi... puisqu'il n'y avait aucun projet de texte relatif aux circonscriptions électorales des députés ou modifiant la répartition des sièges de députés ou de sénateurs n'était par ailleurs en préparation.

Le président du Sénat soutient également que le Président de la République ne pouvait dans ces conditions s'affranchir de la consultation exigée, ou alors, à supposer que ce soit le cas, seulement au terme d'un délai raisonnable après avoir sollicité les assemblées.

Il importe à ce stade de rappeler la chronologie des faits que nous vous avons déjà décrite pour commencer. Le Premier ministre a saisi les présidents des deux chambres les 14 février 2017, puis a relancé le président du Sénat le 9 mars 2017. Il s'est vu opposer deux réponses négatives de ce dernier, les 21 février et 28 mars 2017. Le dépouillement des votes de la commission des lois de l'Assemblée nationale a eu lieu le 25 avril. M. Vi... a été nommé le 26 avril suivant.

Le Premier ministre invoque en défense la formalité impossible.

La jurisprudence reconnaît de longue date que l'administration n'est pas tenue de respecter une formalité à laquelle il lui est impossible de se plier. Il en est ainsi en cas de circonstances exceptionnelles, d'impossibilités proprement matérielles ou bien, et c'est l'hypothèse qui nous intéresse, de refus de la part d'un organe consultatif ou de certains de ses membres d'exercer sa mission, afin de faire obstacle à l'exercice par l'autorité administrative de sa compétence.

Comme le relevait E. Crepey dans ses conclusions sur la décision du 19 novembre 2014, *Sté Research in Motion et autres*, n°358734, aux Tables, les illustrations relevant de la dernière hypothèse sont relativement nombreuses, qu'il s'agisse de **démissions concertées s'apparentant à un boycott** (CE, Assemblée, 23 janvier 1931, n° 1113, *Sieur Rondeau*, Rec. p. 91, à propos d'un conseil de discipline), de **défections systématiques** (CE, Section, 12 octobre 1956, n° 94720, *Sieur Baillet*, Rec. p. 356, concl. Lasry D.1956.664) ou encore de **refus de donner suite aux convocations aux séances** (CE, 16 novembre 1956, n° 17391, *Sieur Pénicaut*, Rec. p. 432, à propos d'une commission paritaire compétente en matière de baux ruraux, CE, 18 mars 1981, n° 03799, *Union générale des fédérations de fonctionnaires CGT*, T. p. 577, à propos du conseil supérieur de la fonction publique ou, plus récemment, CE, 19 février 2003, n° 233694, *Be...*, Rec. p. 36, note R.S. DA 6/2003 p. 20, à propos du conseil supérieur des chambres régionales des comptes), ou **encore de personnes quittant la séance en signe de protestation** (cf. CE, Section, 8 juin 1962, n° 55252, *Ministre des postes et télécommunication c/ Sieur Fi...*, Rec. p. 382, chron.J.-M. Galabert et M. Gentot AJDA 1962 p. 418, à propos d'un conseil de discipline ou CE, 23 juin 1972, n° 81593, *Sieur Pi...*, p. 481, à propos d'une commission administrative paritaire).

La question des formalités impossibles se pose en des termes légèrement différents lorsque l'organe qui n'a pas été consulté est investi d'un pouvoir de proposition et non pas simplement consultatif. Il est vrai que la qualification de formalité impossible a été refusée, dans la décision du 11 février 1981, *M. Co...* (au recueil p.84, n° 12924), à propos d'une commission (irrégulièrement composée en raison de la défaillance de l'un de ses deux membres), « *eu égard au pouvoir qui était donné à cet organisme* », lequel était chargé d'arrêter une liste d'aptitude aux fonctions de maître de conférence agrégé. **Mais pour les raisons que nous avons déjà exposées pour écarter le moyen d'incompétence, il ne nous semble pas que la procédure ici en jeu justifie ce cran supplémentaire d'exigence.**

Reste à déterminer si les conditions pour que joue la formalité impossible étaient en l'espèce remplies. Le délai séparant la lettre par laquelle le Premier ministre a requis l'avis des chambres et l'édiction du décret litigieux est de 2 mois et demi. Ce délai est

nettement plus long que ceux que la jurisprudence admet parfois. Il est aussi plus long que celui habituellement constaté pour que les commissions compétentes délivrent leur avis dans le cadre de la procédure prévue par l'article 13, qui est de quelques semaines.

En outre, il nous semble qu'il faut prendre en considération le fait que le président du Sénat a fait savoir au Premier ministre qu'il ne se prononcerait qu'après la période électorale, soit au plus tôt en juin 2017, alors qu'il était saisi fin février 2017. Ceci avait pour conséquence que le Président en place ne pourrait exercer le pouvoir de nomination qui était le sien.

Ni la Constitution, ni les lois prises pour la mise en œuvre de l'article 13 de la Constitution n'ont fixé de délai au Parlement pour se prononcer. L'idée avait été émise au cours des débats pendant la révision constitutionnelle mais elle n'a pas été retenue. Si le Parlement doit dans ces conditions rester maître du délai dans lequel les commissions se réunissent sur les propositions de nomination du Président de la République, il ne nous semble pas que les limites du raisonnable puissent être pour autant dépassées.

En l'espèce, aucune circonstance particulière ne justifiait un tel retard. S'il est de coutume que l'Assemblée nationale et le Sénat suspendent leurs travaux pendant la période précédant les élections présidentielles et législatives, environ deux mois avant le premier tour du scrutin, la suspension ne porte que sur les séances publiques et non pas sur les travaux des différentes commissions. La commission des lois du Sénat s'est d'ailleurs, selon le Premier ministre, réunie les 15, 21 et 29 mars 2017 ainsi que le 4 avril. On sait également qu'en avril 2012, les commissions du développement durable du Sénat et de l'Assemblée s'étaient pour mener à bien l'audition de M. Ha. en qualité de président de l'ACNUSA, et émettre leur avis sur le fondement de l'article 13. Ce dernier avait été nommé par un décret du Président de la République sortant du 12 avril 2012.

Dans ces conditions, il nous semble que le Gouvernement était bien dans l'impossibilité de respecter la procédure prévue à l'article 13 et qu'il a donc pu légalement passer outre. Si vous nous suivez, vous écarterez également le moyen tiré de l'absence de dépouillement simultané des votes émis par la commission des lois des deux assemblées.

Ainsi que l'expliquait le président Odent, une autorité administrative doit pouvoir « se passer de l'avis d'un organisme dont les membres ou certains d'entre eux par conviction personnelle ou cédant à des pressions extérieures font systématiquement obstacle à ce que cet organisme remplisse sa mission » (Contentieux administratif, Dalloz : Paris, 2007, t. 2 p. 484). Dans ses conclusions (au Recueil) sur une affaire Ministre du commerce et de l'artisanat c/ Société « Au Printemps » (Section, 19 décembre 1980, n° 15736, Rec. p. 481), le président Genevois jugeait aussi qu' « Il convient d'éviter que les représentants d'organismes [consultatifs] puissent impunément compromettre le fonctionnement d'un organisme administratif ». Il est évident, à contempler les situations de blocage que peuvent connaître d'autres démocraties, que l'un des atouts de notre système juridique tient à la très grande force donnée à la continuité de l'exercice de leurs missions par les autorités publiques. C'est un impératif qui permet certes des entorses à la procédure, cette dernière fût-elle prévue par la Constitution, mais qui ne le fait qu'au nom d'une exigence elle-même constitutionnelle, celle du fonctionnement régulier des pouvoirs publics⁹.

Par ces motifs, nous concluons donc au rejet de la requête.

⁹ Pour la reconnaissance de sa valeur constitutionnelle, cf. décision n° 86-208 DC du 2 juillet 1986