

CONSEIL CONSTITUTIONNEL – ORDONNANCES. Par un revirement de jurisprudence, le Conseil constitutionnel vient de modifier le régime des ordonnances en décidant que, à l'expiration du délai d'habilitation, les ordonnances deviennent automatiquement des dispositions législatives. Pour Olivier Dutheillet de Lamothe, cette décision est contestable et devra être réexaminée par les Sages.

Une remise en cause du droit de ratification du Parlement et du droit au recours des citoyens

Olivier Dutheillet de Lamothe, Avocat, associé, CMS Francis Lefebvre Avocats

Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une QPC dirigée contre l'article L. 311-5 du Code de l'énergie, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011, aux termes duquel : « *L'autorisation d'exploiter une installation de production d'électricité est délivrée par l'autorité administrative en tenant compte des critères suivants...* »

L'association requérante soutenait que la décision administrative autorisant l'exploitation d'une installation de production d'électricité a une incidence directe et significative sur l'environnement et que, dès lors, en ne prévoyant aucun dispositif permettant la participation du public à l'élaboration de cette décision, le législateur aurait méconnu l'article 7 de la charte de l'environnement selon lequel « *toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ».

Dans une décision du 28 mai 2020 (n° 2020-843), le Conseil constitutionnel a d'abord estimé que la décision autorisant, sur le fondement de l'article L. 311-5, l'exploitation d'une installation de production d'électricité constitue « *une décision publique ayant une incidence sur l'environnement* » au sens de l'article 7 de la charte de l'environnement.

Il a constaté, en deuxième lieu, que l'ordonnance du 5 août 2013, prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution, à la suite de l'habilitation conférée au gouvernement par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012, a inséré dans le Code de l'environnement un article L. 121-1-1, entré en vigueur le 1^{er} septembre 2013, qui institue une procédure

répondant aux exigences d'accès du public aux informations relatives à l'environnement et de participation à l'élaboration des décisions publiques prévues à l'article 7 de la charte de l'environnement.

Il a constaté, en troisième lieu, que si un projet de loi de ratification de l'ordonnance du 5 août 2013 a été déposé dans le délai fixé par l'article 12 de la loi du 27 décembre 2012, le parlement ne s'est pas prononcé sur cette ratification.

Il a ajouté : « *Toutefois, conformément au dernier alinéa de l'article 38 de la Constitution, à l'expiration du délai de l'habilitation fixée par le même article 12, c'est-à-dire à partir du 1^{er} septembre 2013, les dispositions de cette ordonnance ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Dès lors, à compter de cette date, elles doivent être regardées comme des dispositions législatives. Ainsi, les conditions et limites de la procédure de participation du public prévues à l'article L. 120-1-1 sont "définies par la loi" au sens de l'article 7 de la charte de l'environnement.* »

Ainsi, au détour d'une phrase, le Conseil constitutionnel modifie profondément le régime des ordonnances en décidant que, à l'expiration du délai d'habilitation, les ordonnances deviennent des dispositions législatives.

Ce raisonnement n'est pas dépourvu d'une certaine logique : dès lors que, une fois le délai d'habilitation expiré, les ordonnances ne peuvent faire l'objet de modification que par la loi, on peut être tenté de leur reconnaître valeur législative. Le professeur Denys de Bechillon a été, semble-t-il, très sensible à cette logique puisqu'il déclare : « *Il n'existe aucune raison pour laquelle, dans le Panthéon des critères des hiérarchies des normes, l'angle conten-* ●●●

●●● *tioux devrait forcément occuper une place prééminente. Les conditions de mutabilité de l'acte présentent, à cet égard, un intérêt au moins équivalent. Et de ce fait, il n'y a vraiment rien de choquant à dire qu'un acte apte à modifier ou abroger une loi et ne pouvant être modifié ou abrogé que par elle, possède la valeur d'une loi ».*

Cette logique entre cependant en contradiction avec une autre, à la fois beaucoup plus simple et beaucoup plus ancienne : lorsque le troisième alinéa de l'article 38 de la Constitution dispose qu'« à l'expiration du délai d'habilitation, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif », il ne fait que sanctionner le délai d'habilitation prévu par le premier alinéa de l'article 38 : lorsque ce délai est expiré, le gouvernement ne peut plus intervenir par ordonnance dans le domaine considéré.

En 1961, le doyen Vedel¹ écrivait ainsi : « Le décret même non ratifié, ne peut être modifié que par une loi une fois le temps de l'habilitation expiré. Ce n'est pas parce qu'il aurait valeur législative mais parce que l'habilitation donnée au gouvernement serait illégalement prolongée au-delà du temps prévu si on admettait la modification par décret sans limitation de durée. »

La motivation du Conseil constitutionnel, telle qu'elle apparaît dans le commentaire publié, qui est un document officiel, semble avoir été double :

– d'une part, rendre applicable l'article L. 120-1-1 du Code de l'environnement pour éviter une censure totale de l'article L. 311-5 du Code de l'énergie ;

– d'autre part, ouvrir la possibilité de QPC pour les dispositions d'une ordonnance non ratifiée : selon le commentaire, « procédant ainsi à un revirement par rapport à la décision n° 2011-219 QPC précitée, le Conseil constitutionnel s'est, pour l'avenir, reconnu compétent pour contrôler, par la voie de la QPC, la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions de l'ordonnance non ratifiée, à la double condition que ces dispositions interviennent dans des matières du domaine législatif et que le délai d'habilitation fixé par le parlement ait expiré ».

1 DEUX PROBLÈMES JURIDIQUES

■ Une conception purement matérielle de la loi

La Constitution de 1958 consacre une conception à la fois organique et matérielle de la loi :

– organique puisque, sous la seule réserve des lois référendaires de l'article 11, aux termes de l'article 24 de la Constitution : « Le Parlement vote la loi. » ;

– matérielle dans la mesure où l'article 34 de la Constitution définit les différents domaines dans lesquels la loi est seule compétente pour fixer, selon le cas, les règles ou les principes.

La décision du Conseil constitutionnel consacre une conception nouvelle, purement matérielle, de la loi : au seul motif qu'elles relèvent du domaine de la loi, les dispositions d'une ordonnance deviennent automatiquement des dispositions législatives à l'expiration du délai d'habilitation.

C'est la première fois qu'un acte acquiert le caractère de loi sans aucune intervention du Parlement, autre que la loi d'habilitation initiale.

■ Le revirement d'une jurisprudence séculaire

Il résulte des jurisprudences traditionnelles du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel, qui sont parfaitement concordantes, que les ordonnances non ratifiées ont un caractère administratif, même après l'expiration du délai d'habilitation. Après cette date, si elles ne peuvent plus être abrogées par l'autorité investie du pouvoir réglementaire, elles peuvent toujours de ce fait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

La jurisprudence du Conseil d'État

Cette jurisprudence remonte à un arrêt du 6 décembre 1907 selon lequel « si les actes du chef de l'État portant règlement d'administration publique sont accomplis en vertu d'une délégation législative et comportent en conséquence l'exercice dans toute leur plénitude des pouvoirs qui ont été conférés par le législateur au gouvernement dans ce cas particulier, ils n'échappent pas néanmoins, et en raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative, au recours prévu par l'article 9 précité » (l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 prévoit le recours en annulation pour excès de pouvoir) (CE, 6 déc. 1907, n° 4244, *Chemins de fer de l'est*).

Tant que la loi de ratification n'est pas intervenue, l'ordonnance prévue à l'article 38 de la Constitution est regardée comme un acte de forme réglementaire susceptible d'être contesté en premier et dernier ressort devant le Conseil d'État (CE, sect, 3 nov. 1961, *Damiani, Lebon p. 607*).

Le Conseil d'État a également jugé qu'il résulte des dispositions de l'article 38 de la Constitution « que si une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution conserve, aussi longtemps que le parlement ne l'a pas ratifiée expressément ou de manière implicite, le caractère d'un acte administratif, celles de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation conférée au gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur... ; que l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi, quand bien même seraient-elles entachées d'illégalité » (CE, ass., 11 déc. 2006, n° 279517, *Conseil national de l'ordre des médecins*).

Enfin, le Conseil d'État a jugé « que si une ordonnance prise sur le fondement de l'article 38 de la Constitution conserve, aussi longtemps qu'elle n'a pas été ratifiée, le caractère d'un acte administratif, celles

¹ G. Vedel, *Droit administratif*, 2^e éd. 1961, p. 171.

de ses dispositions qui relèvent du domaine de la loi, si elles peuvent être contestées par voie d'exception à l'occasion de leur application, ne peuvent plus, après l'expiration du délai de l'habilitation conféré au gouvernement, être modifiées ou abrogées que par le législateur ou sur le fondement d'une nouvelle loi d'habilitation qui serait donnée au gouvernement; que l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation fait ainsi obstacle à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire fasse droit à une demande d'abrogation portant sur les dispositions d'une ordonnance relevant du domaine de la loi, quand bien même elles seraient entachées d'illégalité, sans qu'il ait d'incidence à cet égard la circonstance qu'elles ne sont pas, en raison de leur caractère réglementaire, au nombre des dispositions législatives, visées par l'article 61-1 de la Constitution et l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, qui peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. » (CE, 12 oct. 2016, n° 396170, Syndicat national des entreprises de loisirs marchands)

Cet arrêt est très intéressant car il fait apparaître expressément que les dispositions d'une ordonnance peuvent être attaquées devant le juge administratif après l'expiration du délai d'habilitation.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Cette jurisprudence était, jusqu'à la décision commentée, parfaitement identique à celle du Conseil d'État.

Dès 1972, le Conseil constitutionnel a jugé « que les ordonnances qui ont fait l'objet du dépôt du projet de loi de ratification prévu par l'article 38 de la constitution, demeurent des actes de forme réglementaire tant que la ratification législative n'est pas intervenue » (Cons. const., 29 févr. 1972, n° 72-73 L).

En 1985, le Conseil constitutionnel a jugé que si, en vertu de l'article 61 de la Constitution, « le contrôle de constitutionnalité exercé par le Conseil constitutionnel ne peut porter que sur les lois, et non sur les ordonnances prévues par l'article 38 de la constitution, celles-ci n'en sont pas moins soumises au contrôle du juge de l'excès de pouvoir » (Cons. const., 8 août 1985, n° 85-196 DC).

En 2012, le Conseil constitutionnel s'est prononcé en matière de QPC: après avoir constaté qu'une ordonnance du 28 octobre 2010 relative au Code des transports n'avait pas été ratifiée, il en a déduit « que les dispositions du code des transports rappelées ci-dessus ne revêtent pas le caractère de dispositions législatives au sens de l'article 61-1 de la Constitution; il n'y a donc pas lieu pour le Conseil constitutionnel d'en connaître » (Cons. const., 10 févr. 2012, n° 2011-2019 QPC).

La décision commentée marque un revirement complet du Conseil constitutionnel par rapport à cette jurisprudence traditionnelle:

- les ordonnances ne sont plus, jusqu'à la ratification, un acte administratif susceptible de recours;
- elles deviennent, à compter de l'expiration du délai d'habilitation du gouvernement, des dispositions législatives.

Ce revirement est clairement assumé par le Conseil notamment dans le communiqué de presse

qui titre: « En outre, le Conseil constitutionnel juge désormais que doivent être regardées comme des dispositions législatives les dispositions d'une ordonnance ne pouvant plus, passé le délai d'habilitation, être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ».

Après avoir rappelé que l'article L. 121-1-1, introduit par voie d'ordonnance, ne pouvait plus être modifié que par la loi à compter de l'expiration du délai de l'habilitation fixé au 1^{er} septembre 2013, il ajoute: « **En des termes inédits**, il en déduit que, à compter de cette date, elles doivent être regardées comme des dispositions législatives. » Le commentaire présente également cette solution comme intervenue « **de façon inédite** ». L'expression n'est pas facile à interpréter: elle témoigne certainement du caractère très novateur de la solution; reflète-t-elle également une certaine réserve par rapport à celle-ci? Rien ne permet de l'affirmer.

Le commentaire reconnaît expressément « le revirement de jurisprudence », par rapport à la décision du 10 février 2012.

La consultation du dossier documentaire, qui comporte une partie sur le statut des ordonnances non ratifiées, montre que c'est une solution réfléchie et non une improvisation de séance.

2 LES PROBLÈMES DE FOND

Cet arrêt soulève deux problèmes de fond qui ont d'ores et déjà été identifiés par tous les commentateurs.

► Le parlement privé de son pouvoir de ratification

La décision ne l'en prive pas formellement: aux termes de l'article 38, alinéa 2, de la Constitution, les ordonnances « ne peuvent être ratifiées que de manière expresse ».

Mais elle l'en prive en fait: si cette jurisprudence prospère, il n'y aura plus de ratification des ordonnances. Quel gouvernement serait en effet assez masochiste pour affronter un débat de ratification de dispositions qui ont déjà acquis valeur législative?

Avec cette jurisprudence, l'expiration du délai d'habilitation fait acquérir automatiquement à toutes les ordonnances une valeur législative. On va en avoir un premier exemple spectaculaire avec les 54 ordonnances adoptées par le gouvernement dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire qui, dès l'expiration du délai d'habilitation – qui est proche – vont devenir des dispositions législatives.

La suppression du pouvoir de ratification ampute le Parlement d'une prérogative importante: c'était l'un des éléments d'équilibre de la procédure des ordonnances. Dans cette procédure, telle que l'a codifiée le constituant de 1958, le fait de confier au gouvernement le pouvoir de légiférer était encadré par deux interventions du Parlement: ●●●

- – une intervention en amont, avec le vote de la loi d'habilitation dont l'expérience a prouvé qu'elle donne lieu à un débat politique nourri ;
- une intervention en aval avec la loi de ratification.

Certes toutes les ordonnances n'étaient pas ratifiées. Certes, il y avait des ratifications massives, comme la loi de 2004 relative à la simplification du droit qui a ratifié 57 ordonnances en trois articles.

Mais, le plus souvent, la ratification des ordonnances donnait lieu à un vrai débat et conduisait à les amender, comme ce fut le cas pour les ordonnances de 1967 ou pour les ordonnances Macron de 2017.

■ Les citoyens privés de leur droit de recours contre les ordonnances

Le commentaire de la décision en fait, sur le plan du droit au recours une présentation positive : « *Le Conseil constitutionnel s'est, pour l'avenir, reconnu compétent pour contrôler, par la voie de la QPC, la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions d'une ordonnance non ratifiée, à la double condition que ces dispositions interviennent dans des matières du domaine législatif et que le délai d'habilitation fixé par le Parlement ait expiré.* » Cette affirmation n'est pas contestable et la décision ouvre effectivement une nouvelle voie de droit, celle de la QPC, aux citoyens.

Le commentaire ajoute : « *Cette évolution ne remet naturellement pas en cause les autres voies de recours permettant de contester ces dispositions au regard d'autres motifs que leur conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis.* »

Cette affirmation est juridiquement exacte : la possibilité d'un recours pour excès de pouvoir contre une ordonnance reste ouverte, en tout cas avant l'expiration du délai d'habilitation.

Mais, en pratique, aucun recours pour excès de pouvoir ne sera plus possible contre une ordonnance pour une raison matérielle : les délais d'habilitation sont généralement courts – trois à quatre mois – les administrations, pour diverses raisons, bonnes et mauvaises, attendent généralement la fin du délai pour sortir les ordonnances. Par conséquent, quelques jours ou, au mieux, quelques semaines après la sortie de l'ordonnance, le délai d'habilitation aura expiré et l'ordonnance aura été transformée en loi qui, naturellement, ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

La disparition du recours pour excès de pouvoir contre les ordonnances qui était, en fait, la principale voie de recours contre elles – que l'on songe, par exemple, à l'ordonnance créant le contrat nouvelle embauche (CNE) – marque un recul important des possibilités de recours.

Est-ce que cette disparition sera compensée par le développement de la QPC ?

Ce n'est pas certain pour plusieurs raisons :

– d'abord la QPC ne peut être formée que contre une disposition, pas contre toute une ordonnance ;

– la QPC ne peut être posée qu'à l'occasion d'un procès ;

– enfin, son contrôle ne s'exerce qu'à l'égard des droits et libertés que la Constitution garantit.

À l'inverse le recours pour excès de pouvoir contrôlait la légalité de l'ordonnance au regard des principes constitutionnels (*CE, 26 nov. 2001, Association Liberté Information Santé, Lebon p. 578*), des engagements internationaux de la France (*Cons. const., 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC, Privatisations, Rec. p. 61*) et des principes généraux du droit (*CE, ass., 24 nov. 1961, Fédération nationale des syndicats de police, Lebon p. 658*), à moins que la loi d'habilitation n'autorise le législateur à y déroger (*CE, 4 nov. 1996, Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province, Lebon p. 427*). Le juge administratif pouvait également être conduit à s'assurer que cette ordonnance n'excède pas les limites tracées par la loi d'habilitation.

Conclusion

Au terme de ce bref commentaire, force est de constater l'impossibilité totale de répondre à la question : pourquoi cette décision ?

Pourquoi maintenant ? Au moment où le gouvernement a pris 54 ordonnances en trois mois dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, était-il vraiment opportun de remettre en cause une construction jurisprudentielle séculaire et qui faisait l'objet d'une harmonie totale entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ?

Compte tenu des problèmes posés vis-à-vis des droits du Parlement et du droit au recours, cette jurisprudence devra, tôt ou tard être réexaminée.

La force des cours suprêmes comme le Conseil constitutionnel, c'est leur capacité à revenir sur certaines de leurs décisions.

Le Conseil constitutionnel l'a fait très tôt pour la théorie de « *l'effet cliquet* », selon laquelle, pour certaines libertés fondamentales, le législateur ne pourrait pas revenir sur les progrès votés, qu'il a abandonnée lorsqu'il a pris conscience qu'elle était anti démocratique ;

Il l'a fait pour « *les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement* », théorie qu'il a abandonnée dans la mesure où elle avait pour effet de limiter le droit d'amendement sans base textuelle.

Il l'a fait récemment pour la conception purement assurancielles des cotisations de sécurité sociale qu'il a abandonnée, sauf en matière de vieillesse, dans la mesure où elle était contraire aux principes fondamentaux de la sécurité sociale.

Comme le dit Don Fernand à la fin du *Cid* : « *Laisse faire le temps, ta vaillance et ton roi.* » ■

▶ *Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC*