

IX^o Congrès de l'Association française de droit constitutionnel

Atelier A

Anaïs Dechambre, doctorante à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Les rapports entre le recours pour excès de pouvoir et la question prioritaire de constitutionnalité : un réseau est ouvert.

Gaston Jèze en 1929 décrivait le recours pour excès de pouvoir comme « *l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés individuelles*¹ ». La Question prioritaire de constitutionnalité porte, elle, cette protection dans son objet même. Étant un recours prévu à l'encontre des dispositions législatives susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit², la QPC aurait permis, selon le Président du Conseil constitutionnel, « *une vague de progrès de l'État de droit sans précédent dans notre pays depuis des dizaines d'années* »³. Ces deux « recours objectifs »⁴ semblent avoir, *a priori*, le même but : tenter un « *procès à un acte* »⁵ afin de permettre une meilleure garantie des droits des justiciables dans le cadre d'un contrôle de validité d'une norme à une autre. Ils semblent également, en apparence, se compléter dès lors que, lorsque l'un a pour objet de contrôler la légalité d'un acte administratif, l'autre doit confronter une disposition législative à la Constitution. Cela se révèle d'autant plus lorsqu'il s'agit d'un contrôle exercé contre un acte administratif venant appliquer une loi, objet de notre étude, dès lors que la validité d'un tel acte pourrait dépendre de la validité de la disposition législative qu'il tend à appliquer.

¹ In Les libertés individuelles, *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, p. 180.

² L'article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose : « *Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé* ».

³ J.-L. Debré, La QPC, une question pour la démocratie, *colloque organisé par LexisNexis à l'initiative du Président de l'Assemblée nationale, Claude Bartolone*, 5 avril 2013.

⁴ Cf. sur ce point, J. Barthélemy – L. Boré, La QPC entre recours objectif et recours subjectif, *Constitutions* 2010, p. 553.

⁵ Entendons ici « acte » au sens large, incluant à la fois l'acte administratif et les dispositions législatives, termes repris de E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, Tome 2, 1887, p. 560.

La rencontre entre ces deux recours n'était cependant pas évidente et dépendait des conditions de recevabilité d'une QPC et notamment du critère d'« applicabilité au litige »⁶ de la disposition contestée. Il appartenait dès lors au Conseil d'État, juge des conditions de renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel, d'ouvrir ou de bloquer la communication entre ces deux recours. Dès les premières QPC, la haute juridiction administrative, allant dans le sens d'une interprétation extensive du critère susmentionné, n'a pas hésité à renvoyer. Ainsi, a pu être déclarée applicable une loi dont l'inconstitutionnalité était invoquée à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir formé contre un décret faisant pour partie application (mais n'ayant pas été pris pour l'application) du 2° de l'article L. 211-3 du code de l'action sociale et des familles. Le rapporteur public qui justifiait dans ses conclusions la nécessité d'interpréter cette condition d'applicabilité « avec souplesse »⁷ fut suivi par le Conseil d'État, marquant déjà sa politique en la matière (CE, 14 avril 2010, n° 323830, *Union des familles en Europe*).

Encore plus marquante et révélatrice est la décision *M. et Mme Mathieu* du 9 juillet 2010⁸. En l'espèce, le Conseil d'État était saisi d'un recours pour excès de pouvoir formé contre une instruction fiscale qui se bornait à recopier la loi, objet de la QPC. La conformité de l'acte contesté au regard de la Constitution, par le biais de la loi qu'il reprenait, était d'ailleurs l'unique moyen invoqué par les requérants. En considérant que « *la question prioritaire de constitutionnalité est recevable dès lors qu'elle est soulevée [...] à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une instruction fiscale [...] alors même que l'instruction en cause se borne à prescrire à l'administration fiscale d'appliquer les dispositions législatives contestées* », le Conseil d'État ouvrait ainsi deux boulevards : celui de la contestation de la constitutionnalité de la loi fiscale par la procédure QPC⁹ et celui de la possibilité d'invoquer la contrariété à la Constitution d'une disposition législative dans le but d'obtenir l'annulation de l'acte administratif contesté à l'appui du recours pour excès de pouvoir. Ce recours quasi-direct contre la loi ouvre à

⁶ Critères de renvoi prévu à l'article 23-2 de la Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

⁷ A. Courrèges, L'article L. 211-3 du code de l'action sociale et des familles est-il contraire au principe constitutionnel d'égalité ?, *AJDA*, 2010, p. 1013.

⁸ CE, 9 juillet 2010, n° 341612, *M. et Mme Mathieu*.

⁹ Cf. sur ce point : C. de La Mardièrre, La QPC par le moyen du recours pour excès de pouvoir : un boulevard est ouvert, *Constitutions*, 2011, p. 99.

nouveau le débat sur la résistance, voire la survie, de l' « écran législatif »¹⁰ dont certains prévoyaient déjà l'arrêt de mort par la simple entrée en vigueur de la QPC¹¹. Cette décision sera d'ailleurs le point d'intérêt principal de cette analyse.

Toujours dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, une QPC peut être posée à l'appui d'une contestation d'un décret d'application d'un article législatif. Cette condition est indépendante du fait que les moyens de contrariété à la Constitution de la disposition soient opérants à l'encontre du décret d'application (CE, 30 décembre 2010, n° 341612), ou que le décret ne réitère qu'incidemment la règle posée par la loi (CE, 6 avril 2011, n° 345838).

L'ouverture de la QPC dans le cadre de la procédure du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes administratifs d'application d'une loi entraîne ainsi différentes questions, tant en matière de contentieux constitutionnel qu'en matière de contentieux administratif.

Dans un premier temps, cette invocabilité entraîne nécessairement une réflexion sur la notion d' « applicabilité au litige » : la disposition invoquée étant alors par « ricochet » applicable au litige à travers l'acte réglementaire. Également, un recours tendant à l'annulation d'un acte réglementaire qui se borne à reproduire les termes d'une loi pourrait revenir, *in fine*, à offrir une voie de « recours direct » contre la loi elle-même.

Dans un second temps, la liaison effectuée entre QPC et recours pour excès de pouvoir entraîne inévitablement une évolution de ce dernier. Ces deux procédures paraissent donc se compléter, s'alimenter dans le cadre d'un véritable réseau, faisant du Conseil constitutionnel un « coopérateur occasionnel » du juge de l'excès de pouvoir. La QPC semble aujourd'hui « purger » à la fois l'ordre juridique des dispositions législatives inconstitutionnelles¹², mais également des règlements d'application des lois qui pouvaient autrefois échapper au contrôle de constitutionnalité par le juge administratif. Elle permet également de sanctionner un acte administratif en priorité du fait de sa contrariété à la Constitution au lieu de sa contrariété à un traité. La QPC pourrait ainsi permettre le respect de la « hiérarchie des normes » dans son ensemble tout en respectant la séparation des pouvoirs.

¹⁰ Cette notion trouve son origine dans les conclusions du commissaire du gouvernement Agid dans l'arrêt de Section du 10 novembre 1950, *Fédération nationale de l'éclairage et des forces motrices* : « Bienheureux écran qui permet au juge d'éviter un problème difficile » J. Rivera, *dr. Soc.*, 1951, p. 593.

¹¹ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 2010, n° 237.

¹² Selon les termes repris par R. Denoix de Saint Marc lors des rencontres avec une délégation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, www.conseil-constitutionnel.fr, 16 février 2011, p. 1.

Quelles mutations la QPC a-t-elle entraînées dans le régime du recours pour excès de pouvoir ?

Ces mutations sont déjà visibles, notamment à travers les décisions relatives à l'affaire *M. et Mme Mathieu* dans laquelle l'issue de l'instruction attaquée devant le Conseil d'État dépendait de l'issue de la loi dont elle faisait application devant le Conseil constitutionnel. L'instruction aurait alors échappé au contrôle de constitutionnalité si la recevabilité de la QPC n'avait pas été retenue par la haute juridiction administrative. La QPC semble donc apporter une nouvelle pierre à l'édifice du recours pour excès de pouvoir en ce sens, permettant, dans une certaine mesure, de clarifier un régime incertain (I) entraînant alors inévitablement des mutations procédurales (II).

I. La question prioritaire de constitutionnalité, outil de clarification du recours pour excès de pouvoir

La procédure QPC et son immixtion dans le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes administratifs venant appliquer une loi permet de fixer, dans une certaine mesure (B) un régime dont les contours restaient incertains en raison des rapports du juge administratif avec la loi et l'écran législatif (A).

A. Un contrôle de légalité des actes administratifs limité par l'écran législatif

C'est par deux arrêts de principe de 1936 *Dame Coudert* et *Arrighi*¹³ que le Conseil d'État expose les limites du contrôle de légalité des actes administratifs à travers l'impossibilité de contrôler la constitutionnalité de ces derniers s'ils ont été pris en application d'une loi. Répondant à un moyen tiré de la contrariété d'une disposition législative, en vertu de laquelle ont été pris les décrets objet du recours, aux lois constitutionnelles, la haute juridiction administrative considéra que « *en l'état actuel du droit public français, ce moyen n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'État statuant au contentieux* ». Les conclusions du commissaire du gouvernement R. Latournerie sous ces deux affaires permettaient alors d'éclairer cette position du Conseil d'État : tout en rappelant la nécessité de garantir le principe de hiérarchie des normes, le commissaire du gouvernement appelait à « *se résigner [...] tout au moins provisoirement, même aux dépens parfois de l'apparente équité, à ce que certaines parties du droit restent à l'état de droit imparfait, à l'état de droit sans sanction. Même cantonné dans un domaine*

¹³ CE, 6 novembre 1936, *Arrighi* et *Dame Coudert*, Lebon, 966.

*moins large qu'il ne pourrait le paraître souhaitable, il s'en faut d'ailleurs que le rôle du juge soit condamné, sur ces derniers points, à une entière inefficacité. Les règles de droit dégagées par une forte jurisprudence ont tôt ou tard, en effet, même en dehors de leur domaine, une influence salutaire et comme une sorte d'irradiation. C'est le seul rôle [...] qu'en l'état du droit puisse avoir votre jurisprudence, en dehors du domaine, qui vous est propre, des actes administratifs ». Si cette position du juge administratif demeure sous la V^e République, la jurisprudence issue de l'arrêt *Arrighi* étant devenue « *incontestable depuis l'entrée en vigueur des constitutions de 1946 et de 1958* »¹⁴, elle est cependant aménagée à travers deux concepts : celui de l'écran législatif transparent et celui de l'écran législatif opaque.*

Le premier, qui peut être défini comme une « *situation dans laquelle le juge se trouve confronté à un acte pris en vertu d'une loi qui se borne à habilitier le gouvernement : l'écran a simplement investi le gouvernement de prendre certaines mesures et celui-ci n'est donc pas délivré de son obligation de se conformer à la Constitution* »¹⁵, trouve son origine dans le cadre de la jurisprudence dite « *des Semoules* »¹⁶ sous l'empire de laquelle la loi écran s'appliquait également au regard d'une norme conventionnelle. Par une décision de Section du 13 décembre 1985¹⁷, le Conseil d'État accepta de contrôler un décret d'application d'une loi dès lors que cette dernière s'était limitée à transférer une compétence sans fixer un contenu ou des règles d'exercice de celle-ci : devenant ainsi « *transparente* », la haute juridiction administrative considérait alors que contrôler l'acte administratif ne pouvait toucher à la validité de la loi. Cette approche a ensuite été confirmée dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité de l'acte administratif pris en application d'une loi dès lors que cette dernière « *ne contient en elle-même aucune règle de fond de nature à faire obstacle à ce que soient critiquées les dispositions réglementaires adoptées au regard des règles de fond de niveau supra-législatif, qu'elles soient constitutionnelles ou internationales* »¹⁸. Ainsi, les effets de l'écran législatif, si ce dernier existe encore, s'atténuent à partir du moment où la loi qui se place entre l'acte

¹⁴ R. Odent, Cours de contentieux administratif, 1977-1980, p. 300.

¹⁵ A. Vidal-Naquet, Abandonner la jurisprudence du Conseil d'État *Arrighi* ? in L'application de la Constitution par les cours suprêmes, 2007, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, p. 133.

¹⁶ CE, sect., 1^{er} mars 1968, 62814, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*.

¹⁷ CE, sect., 13 décembre 1985, n° 09688, *Sté International Sales and support Corporation*, *AJDA* 1986. 174, conclusions M. Laroque.

¹⁸ Conclusions du commissaire du gouvernement Abraham sous CE, 17 mai 1991, n° 100436, *Quentin*, *RDP*, 1991, 1429.

contrôlé et la Constitution a un contenu « essentiellement programmatique »¹⁹, permettant ainsi d'effectuer un contrôle de constitutionnalité de l'unique acte déféré. Cela fut le cas, par exemple, d'un arrêté du ministre de l'éducation relatif au diplôme d'études universitaires générales, à la licence et à la maîtrise²⁰. De la même manière, le Conseil d'État a eu l'occasion de censurer un décret pris en vertu d'une disposition législative en raison de son non-respect du principe constitutionnel d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur (CE 9 juillet 1997, n° 161929). Ce type de censure a également été repris par les juridictions du fond, à l'image du Tribunal administratif de Paris qui abrogeait sur le fondement du principe à valeur constitutionnelle de personnalité des peines, une disposition réglementaire qui prévoyait que les clubs devaient être tenus responsables des désordres commis par des joueurs, dirigeants ou supporters (TA Paris, 16 mars 2007, *PSG c/ Fédération française de football*²¹).

Dans la décision *Commune d'Annecy* du 3 octobre 2008, enfin, l'Assemblée du contentieux s'est livrée à une vérification de l'opportunité de l'application de la théorie de l'écran législatif et s'interrogea alors sur la portée réelle de la loi en contrôlant si celle-ci se bornait à attribuer une compétence au pouvoir réglementaire dont ce dernier ne ferait qu'user, ou si au contraire, elle fixait un certain nombre de règles de fond dont le pouvoir réglementaire ne ferait que tirer les conséquences nécessaires. Selon L. Janicot, le Conseil d'État retient une « *conception matérielle de l'écran législatif* », l'écran est alors « *opaque parce qu'il y a de la matière législative* », au contraire il devient transparent lorsque la loi ne fait que permettre l'exercice d'une compétence réglementaire²².

Lorsque la loi est considérée comme « opaque », la théorie de « l'écran législatif » devient opérationnelle : l'acte administratif tire alors son inconstitutionnalité dans l'inconstitutionnalité même de la loi, dès lors qu'il met en application des règles et principes posés par celle-ci. Le juge administratif serait donc, s'il acceptait de contrôler l'acte administratif qui lui est déféré, un juge constitutionnel par voie d'exception écartant de fait une loi pour pouvoir annuler l'acte.

¹⁹ M. Verpeaux, *Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs*, (2° Actes), *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, Janvier 2011, 119.

²⁰ CE, 13 mars 1996, n° 138749, *Gohin*, *AJDA* 1996, 699, note J. Mekhantar.

²¹ TA Paris, 6^{ème} section, 3^{ème} chambre, 16 mars 2007, n° 0505016/6-3, *PSG c/ Fédération française de football*.

²² L. Janicot, *La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement*, *RFDA*, 2008, 1158.

L'évolution de la prise en compte de l'écran législatif par la juridiction administrative ces dernières années, et la volonté de dépasser cet écran, faisant du juge administratif un vrai juge de la loi, a finalement été éclairée par la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité, répondant aux nombreuses incertitudes en la matière.

B. La QPC comme solution aux incertitudes jurisprudentielles

Le Président B. Stirn affirmait en 2011 que « *Les questions constitutionnelles sont chaque jour plus présentes dans les avis et dans les arrêts du Conseil d'État, la constitutionnalisation de notre ordre juridique faisant écho à son insertion croissante dans l'ordre juridique européen. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, en confiant au Conseil d'État le soin d'évaluer le caractère nouveau ou sérieux d'une QPC en vue de sa transmission au Conseil constitutionnel, renforce encore ses liens avec le texte constitutionnel. Le Conseil d'État contribue au meilleur rayonnement de la norme constitutionnelle* »²³. La présence dans le contentieux administratif des questions constitutionnelles entraînait déjà une certaine évolution dans la pratique du recours pour excès de pouvoir avant la mise en application de la procédure QPC. Cette évolution allait de pair avec l'ouverture du contrôle de conventionnalité, ce qui pouvait parfois laisser présager une évolution vers la fin de la théorie de la loi écran²⁴.

Le Conseil d'État se livrait, dans un premier temps, au contrôle de l'existence de la loi suite à une initiative du juge judiciaire²⁵. Dans une décision de 1854²⁶, il acceptait ainsi de répondre à un moyen remettant en cause la validité d'une loi votée, au regard de sa procédure d'adoption, exerçant par conséquent un réel contrôle externe des dispositions législatives. Certains, comme C. Eisenmann, voyait naître dans ce contrôle un début de contrôle de constitutionnalité²⁷. Si cela a été contredit ensuite sur le motif qu'il s'agissait plutôt d'une « *mesure de précaution contre d'éventuelles usurpations de pouvoir ou [...] de la possibilité pour le juge de préciser la règle applicable à des situations*

²³ B. Stirn, rapport introductif in B. Mathieu, M. Verpeaux, L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2011.

²⁴ Voir en ce sens : R. Ricci, Le Conseil d'État et la loi : vers la recevabilité d'une exception d'inconstitutionnalité ?, *Petites affiches*, 7 octobre 1999, n° 200, p. 11.

²⁵ Cass. Crim. 11 mai 1833, *Paulin*, Sirey 1833. I. 357, concl. Voysin de Gartempe ; M. Puech, *Grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, Cujas éd. 1976, 55.

²⁶ CE, 2 décembre 1854, *Veuve Massois*, DP 1858.5.568.

²⁷ Note sous CE, sect., 3 avril 1936, *Arrighi*, D. 1938, n° 3, p. 1.

liées à la mise en place d'une nouvelle Constitution »²⁸, n'étant alors en rien comparable à un contrôle de constitutionnalité de la loi, il n'en reste pas moins que le sujet fait débat²⁹.

L'interprétation conforme à la loi dont le Conseil d'État a usé à plusieurs reprises³⁰ pourrait également être un élément de comparaison au contrôle effectué par un juge constitutionnel dans le cadre de réserves d'interprétations. En effet, par cet outil, le juge tente d'accorder la loi à la Constitution, « *neutralisant ainsi les possibles effets d'une loi suspectée d'inconstitutionnalité en phase d'application* »³¹, ce qui est bien comparable aux « réserves d'interprétations » émises par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité³². Dans la continuité, le recours aux principes généraux du droit montre également la proximité à ce contrôle, comme en témoigne par exemple l'arrêt *Dame Lamotte* de 1950 dans lequel le Conseil d'État se livre à une interprétation très extensive, voire *contra legem*, de la disposition « litigieuse ». En l'espèce, le commissaire du gouvernement J. Delvolvé relevait d'ailleurs que la solution proposée pouvait « *paraître audacieuse. Elle évoque en effet le fameux contrôle de la constitutionnalité des lois que toute la jurisprudence française exclut de la manière la plus certaine [...]. Mais ce n'est là qu'une apparence* »³³. Cette « confusion » dans le contrôle exercé par la haute juridiction administrative se développait alors davantage dès la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité, à partir de la décision *Nicolo* de 1989³⁴. La possibilité de contrôler la loi par rapport à un traité pouvant en effet et selon une certaine approche, être regardée comme un contrôle du respect de l'article 55 de la Constitution, accentuée par une équivalence des protections accordées par le droit international ou européen et par la Constitution³⁵. Cependant, malgré les divers constats faits par la doctrine comparant le juge administratif à un juge constitutionnel d'exception³⁶, ce dernier continuait de confirmer sa résistance à un tel contrôle³⁷. Ces

²⁸ B. Genevois, Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution, *RFDA*, 2000, p. 715.

²⁹ Voir, sur ce point, M. Verpeaux, Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, (2° Actes), *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, Janvier 2011, 80 et s.

³⁰ Ex : CE, 16 décembre 1988, n°77713, *M. Bleton* ; CE, 3 novembre 1997, n° 169473, *Cne de Fougerolles* ; CE, 22 juin 2007, n° 288206.

³¹ *Ibid*, 88.

³² Dès 1959 en effet, le juge constitutionnel utilise ce moyen pour éviter de déclarer une disposition contraire à la Constitution, Cf. Cons. const. 2 DC du 17 juin 1959.

³³ J. Delvolvé, conclusions sous CE 17 février 1950, *Dame Lamotte*, *RDP*, 1951, 479.

³⁴ CE, Ass. 20 octobre 1989, 108243, *M. Nicolo*.

³⁵ En ce sens : M. Canedo-Paris, *Petites affiches*, 7 septembre 2011, n° 178, p. 7.

³⁶ E. Négrier (*RDP* 1990.767), J. Kissangoula (*Rev. adm.* 1997.518) et R. Ricci (*Petites affiches*, 7 octobre 1999 et 8 oct. 1999).

incertitudes démontrent également le souci du juge administratif de faire respecter la hiérarchie des normes tout en respectant la séparation des pouvoirs³⁸. Cet état de fait était de nature à laisser des zones d'ombres, la loi demeurait dans un certain sens intouchable pour les juges, en atteste, par exemple, la survie de lois n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la procédure *a priori* mais étant manifestement contraire à la Constitution au regard de la jurisprudence du juge de la rue Montpensier. Cela fut par exemple le cas d'une décision du 28 novembre 1973³⁹ dans laquelle le Conseil constitutionnel avait considéré que le pouvoir réglementaire ne pouvait pas prévoir des peines d'emprisonnement à l'encontre des auteurs de contravention, alors que les articles 465 et 466 du code pénal qui étaient appliqués par les juges ordinaires le prévoyaient de manière expresse.

La QPC et son apparition dans l'ensemble du contentieux du recours pour excès de pouvoir semble avoir permis de clarifier, dans une certaine mesure, le régime du contrôle inhérent au juge administratif mais pourrait également être de nature à remettre en cause une partie du régime élaboré par lui. En ouvrant à la procédure QPC le recours pour excès de pouvoir exercé à l'encontre d'un acte administratif se bornant à reprendre une disposition législative, le juge administratif semble se décharger des fonctions qu'il s'était confié en son absence. Cette ouverture semble aller dans le sens de l'objectif poursuivi par la haute juridiction administrative dans le cadre des règles rappelées plus haut : permettre le respect de la hiérarchie des normes tout en préservant la séparation des pouvoirs. La décision de renvoi *M. et Mme Mathieu* pouvait être par conséquent attendue. La QPC serait alors ici un moyen d'aboutir à la volonté du juge administratif de contrôler la loi sans le pouvoir, à la suite d'une longue dynamique en ce sens.

Si les conséquences de l'écran législatif peuvent se trouver bouleversées par cette ouverture (la disposition n'étant plus « intouchable » mais hypothétiquement « contrôlable »), son existence demeure et se trouve même constitutionnalisée. En effet, en instaurant la question prioritaire de constitutionnalité, l'article 61-1 de la Constitution retire tout contrôle de constitutionnalité de la loi aux juges ordinaires pour

³⁷ B. Genevois, *Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution*, *RFDA*, 2000, p. 715. ; C. Maugué, conclusions sous CE, Ass., 5 mars 1999, *M. Rouquette, Mme Lipietz et autres*, *RFDA*, 1999, p. 357.

³⁸ W. Sabete, « L'écran de la loi et la figure de la Constitution ». Réflexion sur le moyen inopérant tiré de la contrariété d'une décision administrative à la Constitution, *RD*, 1997, p. 287.

³⁹ Décision n° 73-80 L.

le confier à l'unique juge constitutionnel⁴⁰. Le Conseil d'État a par exemple, encore récemment, refusé d'exercer lui même un contrôle de constitutionnalité d'une disposition législative, renvoyant dans les motifs de sa décision l'exercice d'un tel contrôle à la QPC (CE, 3 avril 2014, n° 358258). Il a cependant eu l'occasion de contrôler les mesures prises par voie de décret pour l'application d'une loi, « *dans la mesure où elles ne se bornent pas à en tirer les conséquences nécessaire* », au regard de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement⁴¹.

Les dispositions législatives en applications desquelles les actes administratifs sont adoptés échappent ainsi, en théorie, totalement au contrôle du juge administratif et font encore montre d'écran pour le juge de l'excès de pouvoir qui devra, pour le dépasser, et lorsqu'il est saisi d'une telle question, attendre la décision de l'autre occupant du Palais Royal. La procédure de contrôle de constitutionnalité des actes administratifs se trouve, en ce sens, articulé autour de l'écran législatif.

L'introduction de la QPC dans le régime du recours pour excès de pouvoir a ainsi créé une certaine alliance entre ces deux régimes. L'issue de l'un dépendra de l'issue de l'autre. Cela entraînant alors, nécessairement, une évolution procédurale des deux recours.

II. Les mutations procédurales entraînées par l'alliance entre le recours pour excès de pouvoir et la question prioritaire de constitutionnalité

Les mutations qu'entraîne l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à la QPC concernent à la fois le juge administratif dans son rapport direct à la loi (A) et le juge constitutionnel dans son rapport indirect au règlement (B).

A. Les relations ambiguës du juge administratif à la loi du fait de la QPC

Les conséquences de l'invocabilité d'une QPC dans le cadre du recours pour excès de pouvoir à l'encontre d'actes administratifs mettant en application une disposition législative sont directement liées au rôle de filtre que doit exercer la haute juridiction administrative dans le cadre de la procédure de contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*. Devant juger de l'opportunité de transmettre au Conseil constitutionnalité

⁴⁰ En ce sens : M. Canedo-Paris, *Petites affiches*, 7 septembre 2011, n° 178, p. 7.

⁴¹ CE, 26 février 2014, n° 351514, *Association Ban Asbestos France et autres*.

une disposition législative, le Conseil d'État doit effectuer un contrôle sur cette dernière au regard des critères de transmission prévus par la loi organique du 10 décembre 2009 et notamment au regard du caractère sérieux de la question. Un lien est donc directement créé entre la juridiction administrative et l'appréciation de la loi. Deux comportements opposés vont alors dériver de ce contrôle, les deux faisant évoluer le recours pour excès de pouvoir. Le premier est relatif aux décisions de non transmission de la Question au juge constitutionnel, l'autre, au contraire, est relatif à la transmission de la Question et à la réception de cette dernière à la suite du contrôle effectué par le Conseil constitutionnel.

Dans le cadre d'une décision de non-transmission d'une QPC au juge de la constitutionnalité des lois, une première appréciation de la disposition en question au regard de la Constitution doit être effectuée par le juge administratif (nous parlons ici du refus de transmission en raison du caractère sérieux de la Question). Une telle opération a d'ailleurs conduit certains à attribuer au Conseil d'État un véritable contrôle de constitutionnalité de la loi, en tant que juge constitutionnel négatif, juge de la « non-inconstitutionnalité »⁴², qualité contesté par d'autres⁴³.

L'application du critère sérieux, quel que soit le qualificatif retenu pour désigner la haute juridiction administrative, constitue un certain dépassement de l'écran législatif dès lors qu'il donne à cette dernière une certaine légitimité à effectuer un contrôle directement sur la loi lui permettant ensuite d'exercer un contrôle de légalité et de constitutionnalité de l'acte administratif⁴⁴. Cela ne pouvant évidemment pas être expressément consacré dans les décisions du Conseil d'État dès lors que cela reviendrait à reconnaître un contrôle direct de la constitutionnalité de la loi. Ce dernier pourrait cependant se deviner aisément. La QPC crée donc, par voie de conséquence, le lien entre le Conseil d'État et la loi, dans le cadre d'un « contrôle négatif de constitutionnalité ».

Au contraire, lorsqu'il décide de renvoyer, le Conseil d'État voit la loi lui échapper et l'écran législatif, comme nous l'avons vu précédemment, se « renforcer ». Le Conseil

⁴² Voir en ce sens : S.-J. Lieber, D. Botteghi, Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?, *AJDA* 2010, p. 1355 ; M. Canedo-Paris, *Petites affiches*, 7 septembre 2011, n° 178, p. 7 ; A. Roblot-Troizier, Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État, Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi, *RFDA*, 2011, p. 691.

⁴³ R. Fraisse, QPC et interprétation de la loi, *Petites affiches*, 5 mai 2011 n°89, p. 5.

⁴⁴ Sur des QPC non renvoyés au Conseil constitutionnel, pouvant alors être de nature à témoigner du caractère constitutionnel du contrôle exercé par le Conseil d'État : CE, 16 avril 2010, n°320667, *Association Alcaly* – CE, 31 mai 2010, n°338727, *M. Exbrayat* – CE, 16 juillet 2010, n°334665, *SCI La Saulaie* – CE, 23 juill. 2010, n°340115, *Guibout* □ CE, 29 octobre 2010, n°342072, *Département de la Haute-Garonne*.

d'État pourrait être amené, ici, à laisser l'ensemble du régime construit autour de cet écran, notamment les moyens de son évitement par le biais d'un contrôle externe de constitutionnalité de la loi, au juge constitutionnel. Il serait également possible d'imaginer, *in fine*, un retour sur l'application de la loi écran dans le cadre du contrôle de conventionnalité si l'approche de ce dernier se trouve conforté dans l'idée qu'il s'agit plus d'un contrôle d'une exigence constitutionnelle de respect des traités que d'un contrôle distinct du contrôle de constitutionnalité. C'est, par comparaison, ce que le juge italien a retenu dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité des lois par voie de question préjudicielle, après, pourtant, avoir encouragé les juges ordinaires à exercer eux-mêmes ce contrôle avec la possibilité d'écarter une loi qu'ils déclareraient contraire à un traité. La *Corte costituzionale* avait ainsi mis fin aux contrôles exercés par les différentes juridictions⁴⁵ en affirmant que l'incompatibilité d'une loi à un traité était avant tout un problème de constitutionnalité : une loi qui serait contraire à une norme internationale le serait également à l'article 117 de la Constitution italienne⁴⁶. Ainsi, le contrôle de conventionnalité est devenu un contrôle de constitutionnalité devant être soumis par voie de question préjudicielle à la Cour constitutionnelle⁴⁷.

Un tel revirement ne paraît cependant pas aujourd'hui possible en France, notamment du fait de la nature même du contrôle de constitutionnalité et son caractère « prioritaire » ainsi qu'au regard de son champ d'application limité aux seuls droits et libertés que la Constitution garantit. Ces matières qui échappent encore au contrôle de constitutionnalité pourraient d'ailleurs subir une évolution différente de celles entrant directement dans le champ d'application du contrôle de constitutionnalité. Ces domaines restent sous l'empire du régime élaboré par le juge administratif et pourrait encore faire l'objet d'évolution⁴⁸.

Dans le cadre de la procédure QPC, le Conseil d'État, en exerçant son rôle de filtre, ne ferait-il pas un premier contrôle de l'acte administratif attaqué ? En exerçant un contrôle de recevabilité de la QPC, c'est en effet, dans certaines occasions, l'avenir même de l'acte administratif qui est en jeu. En vérifiant lui même le caractère « manifestement

⁴⁵ Décisions n° 348 et 349 du 24 octobre 2007.

⁴⁶ Cet article dispose que « *Le pouvoir législatif est exercé par l'État et par les Régions dans le respect de la Constitution et des engagements nés de l'ordonnement communautaire et des obligations internationales* ».

⁴⁷ En ce sens : V. Onida, L'état de la jurisprudence constitutionnelle sur les rapports entre le système juridique nationale et le système juridique communautaire : "harmonie dans la diversité" et questions ouvertes <http://giustizia-amministrativa.it>.

⁴⁸ En ce sens : M. Canedo-Paris, *Petites affiches*, 7 septembre 2011, n° 178, p. 7.

conforme à la Constitution » des dispositions législatives, le même sort sera accordé à l'acte administratif qui en fait application. Le Conseil constitutionnel se retrouve ainsi « coopérateur occasionnel » du juge administratif dans le contrôle des actes administratifs.

B. L'implication indirecte du Conseil constitutionnel dans le recours pour excès de pouvoir ou le recours direct contre la loi

En rendant la décision sur l'affaire *M. et Mme Mathieu*⁴⁹, le Conseil constitutionnel a commandé l'issue de l'instruction fiscale soumise au contrôle du juge administratif. La loi que l'acte administratif se bornait à recopier ayant été déclarée conforme à la Constitution par le juge constitutionnel, son voisin du Palais Royal n'avait plus qu'à l'appliquer dans sa décision et la prendre pour unique fondement de son contrôle : « *Considérant que M. et Mme Mathieu demandent au Conseil d'État l'annulation pour excès de pouvoir des instructions fiscales 7 R-1-89 du 28 avril 1989 et 7-S-1-92 du 11 février 1992 au seul motif qu'elles réitèrent les dispositions, contraires selon eux, aux droits et libertés garantis par la Constitution, des articles 885 A, 885 E et 885 U du code général des impôts relatives à l'impôt de solidarité sur la fortune ; que, par la décision n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010 rendue sur renvoi du Conseil d'État statuant au contentieux, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution ces dispositions ; que, dans ces conditions, la requête de M. et Mme Mathieu [...] ne peut qu'être rejetée* »⁵⁰.

A *contrario* et naturellement, le Conseil d'État reprend une décision de non-conformité dans le cadre d'une autre affaire pour fonder l'abrogation du décret attaqué : « *Considérant que les dispositions du paragraphe V de l'article L. 224-1 du code de l'environnement [...] ont été déclarées contraires à la Constitution par une décision n° 2013-317 QPC du 24 mai 2013 du Conseil constitutionnel [...] que, par suite, les requérants sont fondés à soutenir, dans le cadre de la présente instance, que le Premier ministre était tenu d'abroger le décret du 15 mars 2010 litigieux, qui doit être regardé comme privé de base légale* »⁵¹.

Enfin, le Conseil d'État a eu l'occasion de tirer toutes les conséquences d'une réserve d'interprétation soulevée par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une QPC posée à l'encontre d'une disposition dont l'acte réglementaire attaqué reprenait les termes. Les

⁴⁹ Cons. const. 29 septembre 2010, n° 2010-44 QPC.

⁵⁰ CE, 9 février 2011, n° 339081, *M. et Mme Mathieu*.

⁵¹ CE, 26 Décembre 2013, n° 361866.

considérants 7 et 8 de la décision de la haute juridiction administrative révèlent particulièrement la liaison existant aujourd'hui entre les deux recours. En effet, le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle du paragraphe II de l'article L. 425-1 du code des assurances au regard de la Constitution, limitait l'interprétation de cette disposition, l'entendant alors comme « *impliquant que les producteurs de boues d'épuration ne peuvent se voir réclamer cette taxe qu'à raison des boues qu'ils ont l'autorisation d'épandre et dans la limite des seules quantités prévues par cette autorisation* »⁵². Afin de contrôler l'article R. 424-4 du même code et l'instruction 3P-1-10 du 20 avril 2010 qui reprenaient les termes de la disposition, le Conseil d'État appliqua cette réserve d'interprétation pour en fonder l'illégalité: « *Considérant que l'article [...] ne limite pas l'assiette de la taxe aux seules boues qui font l'objet d'une autorisation préfectorale d'épandage ; qu'il en va de même de l'instruction 3P-1-10 du 20 avril 2010 [...] que, dès lors, [les requérants] sont fondés à soutenir que les décisions de refus implicite opposées à leurs demandes tendant à l'abrogation de l'article R. 424-4 du code des assurances et de l'instruction 3P-1-10 du 20 avril 2010 sont illégales, dans la mesure où elles se rapportent aux dispositions qui étendent l'assiette de la taxe au-delà des seules boues qui font l'objet d'une autorisation d'épandage* »⁵³.

Ces trois exemples démontrent, pour trois solutions du Conseil constitutionnel différentes, la reprise fidèle du juge administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir. Ce lien manifeste toute l'utilité de la procédure QPC dans le cadre de ce recours qui se fonde, souvent, exclusivement sur lui dans le cadre de son contrôle. Le juge constitutionnel peut donc aujourd'hui être considéré comme l'un des acteurs du recours pour excès de pouvoir. Ce dernier, selon une autre approche, peut également se retourner en recours direct contre une loi. En effet, et là résidait tout l'intérêt de la décision *M. et Mme Mathieu*, reconnaître l'applicabilité au litige d'une loi dans le cadre d'un recours formé à l'encontre d'un acte se bornant à recopier ses termes pouvait être signe de l'ouverture d'un recours direct contre la loi elle-même... Les conclusions du rapporteur public L. Olléon sous cette affaire illustrent particulièrement bien cet enjeu. Le Premier ministre, défendeur de l'instruction attaquée, contestait le caractère applicable de la disposition législative en soutenant l'idée selon laquelle « *l'intention du pouvoir constituant [...] n'a jamais été d'ouvrir une voie de recours directe contre la loi* »,

⁵² Cf. Cons. const., 8 juin 2012, n° 2012-251 QPC.

⁵³ CE, 20 mars 2013, n° 351252.

faisant ainsi obstacle à la possibilité de poser une QPC⁵⁴. Au contraire, le rapporteur public défendait l'idée selon laquelle il découlait de « *la philosophie générale de la question prioritaire de constitutionnalité* » et de la comparaison avec le contrôle de conventionnalité déjà exercé que l'applicabilité au litige devait être retenue. Il concluait alors en ces termes : « *nous vous invitons à juger que le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État n'est pas un litige à part, une sorte de « faux litige » qui justifierait un traitement spécifique en matière de question prioritaire de constitutionnalité lorsqu'il est formé contre des circulaires qui recopient la loi. La loi en question est bien applicable au litige dont vous êtes alors saisis, et son inconstitutionnalité doit pouvoir être soulevée par le requérant qui tente d'obtenir l'annulation de la circulaire* »⁵⁵.

L'acte administratif contesté pourrait-il alors être interprété comme un prétexte permettant de remettre en cause directement la loi ? Cette approche pourrait se défendre au regard de ce cas d'espèce. Cependant ces cas restent très rares, ce qui empêche une telle généralisation. De plus, le Conseil d'État a récemment rejeté, pour défaut d'applicabilité au litige, une QPC soulevée à l'encontre d'une disposition législative pour l'application de laquelle des dispositions réglementaires devaient être adoptées, applicabilité qui avait pourtant été retenue par la cour administrative d'appel ayant transmis la question⁵⁶. La haute juridiction administrative semble ainsi vouloir limiter ces risques de « recours direct » contre la loi.

L'ouverture du recours pour excès de pouvoir à la QPC, notamment en ce qui concerne les actes d'application d'une loi ou reprenant les termes de cette dernière, entraîne des conséquences non négligeables sur le régime de ces deux recours, et sur la contestation de la loi. Cette dernière semble en effet fragilisée, tant à travers la fin de son intouchabilité au regard de la Constitution lorsqu'elle se positionne comme « écran » au contrôle d'un acte administratif, qu'au regard de la manière « quasi-directe » dont on peut la contester. Tout cela ne représente, au demeurant, qu'une hypothèse dont l'avenir dépend de la manière dont les justiciables vont se saisir de cette ouverture.

⁵⁴ Note L. Olléon, sous CE, 9 juillet 2010, n° 339081.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ CE, 28 avril 2014, n° 375709, *M. et Mme Issaev*.