

Le contrôle de constitutionnalité des ordonnances ratifiées à l'aune de la QPC

SOMMAIRE

I- Un empiètement du Conseil constitutionnel dans le champ de compétence du juge administratif

A- La valeur réglementaire des ordonnances examinées à l'occasion du contrôle de la loi de ratification

B- Des risques de conflit d'interprétation

II- Le retour à une meilleure articulation des contrôles

A- La remise en cause de l'immunité contentieuse des ordonnances ratifiées

B- Une inflexion nécessaire en matière de contrôle des ordonnances *a priori*

Diverses dispositions de la Constitution prévoient et organisent les modalités d'intervention du Gouvernement dans le domaine réservé au Parlement. Les actes juridiques fruits de ces empiètements organisés portent le nom d'ordonnances¹. On distingue les ordonnances de l'article 74-1², les ordonnances du troisième alinéa des articles 47 et 47-1³ et celles de l'article 38. Seules ces dernières focaliseront l'attention.

Et pour cause : l'article 38 a très souvent été sollicité dans les années récentes. À partir du début des années 2000, la multiplication des ordonnances a été notable⁴. Si bien que la doctrine a constamment pourfendu depuis lors⁵ un abus de « législation déléguée »⁶, « un mécanisme de désinvestiture du législateur »⁷, en somme « la dérive » du recours aux ordonnances⁸. Les inquiétudes ainsi exprimées prennent une acuité certaine lorsqu'on ajoute à l'afflux des ordonnances, les particularités de leur procédure d'adoption, la fluctuation de leur valeur juridique et la difficile lisibilité de leur régime contentieux.

¹ Le terme ordonnance n'est pas un néologisme du constituant de 1958. Chronologiquement, il renvoie d'abord aux prescriptions royales. Il a été remis au goût du jour à l'époque contemporaine par le général de Gaulle dès son retour au pouvoir en 1944, puis pour la mise en place des institutions de la V^e République.

² Créé par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République 2003, l'article 74-1 organise une procédure souple visant à permettre au gouvernement d'adapter les règles de droit métropolitaines aux spécificités ultra-marines, en vue d'une meilleure application. L'article 74-1 présente quelques spécificités, notamment une habilitation constitutionnelle permanente en faveur du gouvernement.

³ Créés par le constituant dès 1958, ces dispositions sont relatives aux ordonnances en matière de lois de finances et de financement de la sécurité sociale. Aucune ordonnance n'a été prise sur le fondement de ces articles.

⁴ Un rapport établi par le service des études juridiques du Sénat établit que le nombre des ordonnances publiées au titre de l'année 2004 était supérieur à celui des lois : Sénat, « Les ordonnances, bilan au 31 décembre 2007 », Paris, Sénat, mars 2008.

⁵ Citons : Gaudemet (Yves), « La loi administrative », *RDP*, 2006, p. 65 ; Feldman (Garance), « Le leurre de la ratification expresse des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *RDP*, 2011, p. 1565 et s.

⁶ Guillaume Drago définit cette expression comme la dévolution par le Parlement de sa compétence législative à une autre autorité (« Le Conseil constitutionnel, la compétence du législateur et le désordre normatif », *RDP*, p. 45).

⁷ Gaudemet (Yves), « La loi administrative », art. cité, p. 66.

⁸ Drago (Guillaume), art. cité, p. 67.

Aux termes de l'article 38, les ordonnances sont prises par le Gouvernement pour l'exécution de son « programme », dans des matières « qui sont normalement du domaine de la loi », après en avoir demandé « au Parlement l'autorisation »⁹. Leur publication devra, sous peine de caducité, être faite dans un premier délai déterminé par la loi d'habilitation. Elles sont alors en vigueur à compter de cette publication et le demeureront à condition qu'un projet de loi de ratification (ou de non-caducité¹⁰) soit déposé devant les chambres, dans le second délai imparti par l'acte d'habilitation législative. Dans le cas contraire, elles seront frappées de caducité.

À ce stade, les ordonnances ont une valeur normative réglementaire. Leur contentieux relève des juridictions administratives. Cette compétence est exercée en premier et dernier ressort par le Conseil d'État¹¹. Cependant, la ratification des ordonnances leur confère rétroactivement valeur législative à compter de la publication¹². C'est alors qu'entrent en

⁹ Le Conseil constitutionnel a précisé les dispositions du texte fondamental. Le terme « programme » a été interprété de façon autonome et doit être entendu comme faisant obligation au gouvernement d'indiquer la finalité des mesures qu'il se propose de prendre. Toute autre interprétation et notamment celle qui serait tirée d'un rapprochement avec les énonciations de l'alinéa premier de l'article 49 de la Constitution doit être exclue (décision n° 76-72 DC du 12 janvier 1977). Le domaine de la loi est celui de la législation ordinaire, à l'exception des lois de finances et de financement de la sécurité sociale (décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1981, confirmée par les décisions n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 et n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 relative à la loi de simplification du droit). L'autorisation du Parlement est formalisée par l'adoption d'une loi d'habilitation aux termes d'une procédure législative ordinaire.

¹⁰ Éviter la caducité est la fonction principale attachée au dépôt du projet de loi de ratification. Cela est si remarquable que Cathérine Boyer-Mérentier préfère utiliser l'expression « projet de non caducité », *in Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, Economica, 1996, p. 127.

¹¹ Dès son arrêt *Damiani* du 3 novembre 1961, la Haute juridiction administrative s'est estimée compétente pour connaître du contentieux des ordonnances. Plus récemment dans un arrêt du 8 décembre 2009, *M. Hoffer*, le Conseil d'État a confirmé qu'il résulte de l'article 38 de la Constitution, ainsi que des débats tant du comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution, que les ordonnances prises dans le cadre de l'article 38 ont, alors même qu'elles interviennent dans une matière ressortissant en vertu de l'article 34 ou d'autres dispositions constitutionnelles au domaine de la loi, le caractère d'actes administratifs ; qu'à ce titre, leur légalité peut être contestée aussi bien par la voie d'un recours pour excès de pouvoir formé conformément aux principes généraux du droit que par voie de l'exception à l'occasion de la contestation de décisions administratives ultérieures ayant pour fondement une ordonnance.

¹² CE, 8 décembre 2000, n° 162995 et 17 mai 2002, n° 232359, *M. René Hoffer*.

scène les Sages de la rue Montpensier. Quelle qu'en soit la modalité, expresse, implicite¹³, impliquée¹⁴ ou même quasi-clandestine¹⁵, le Conseil constitutionnel s'estime compétent pour apprécier la conformité des ordonnances après leur ratification. En adoptant une telle position dans sa décision 86-224 DC¹⁶, la Haute juridiction a évité un « déni de contrôle » après l'adoption des dispositions de ratification. En effet, la ratification conférerait une immunité contentieuse aux ordonnances devenues législatives. Cependant, la logique dont procédait un tel contrôle a été mise à mal par l'entrée en vigueur de la QPC. La prémisse est faussée : le contrôle des ordonnances est désormais possible après la promulgation de la loi de ratification sur le fondement de l'article 61-1. Un tel « changement de circonstances de droit » rend légitime une réflexion d'ensemble relative à la part prise par le Conseil constitutionnel dans le contrôle de conformité des ordonnances de l'article 38. La coexistence des deux modalités de contrôle est-elle justifiée en cette matière ?

D'autant qu'il appert qu'en exerçant son contrôle *a priori*, la Haute instance empiète sur le champ de compétence du juge administratif (I). Au demeurant, une meilleure articulation des contrôles est concevable (II).

I- Un empiètement du Conseil constitutionnel sur le champ de compétence du juge administratif

Les lois de ratification des ordonnances de l'article 38 sont au nombre des textes susceptibles d'être déférés au Conseil constitutionnel dans le cadre de son office prévu au

¹³ Décision n° 72-73 L du 29 février 1972 sur la nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance modifiée du 17 août 1967 relative à la participation des salariés aux fruits de l'expansion des entreprises.

¹⁴ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987.

¹⁵ Qualificatif utilisé par le Pr. Yves Gaudemet dans l'article précité « La loi administrative ».

¹⁶ Décision n° 86-224 DC du 2 janvier 1987 sur la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence.

deuxième alinéa de l'article 61¹⁷. Ce contrôle est facultatif parce que conditionné par la prise d'initiative des autorités auxquelles la Constitution a conféré le droit de saisine. De sorte que les lois de ratification peuvent être promulguées sans que les Sages n'aient eu à se prononcer quant à leur conformité¹⁸. Lorsqu'il est saisi cependant, le Conseil constitutionnel ne limite pas son contrôle aux seules dispositions de la loi de ratification. Depuis sa décision précitée du 23 janvier 1987, la Haute juridiction considère qu'il lui appartient « *de dire si la loi comporte effectivement ratification de tout ou partie des dispositions de l'ordonnance en cause et, dans l'affirmative, si les dispositions auxquelles la ratification confère valeur législative sont conformes à la Constitution* ». Si les Sages font référence à des dispositions « *auxquelles la ratification confère valeur législative* » et se reconnaissent compétents pour en assurer le contrôle de constitutionnalité, il n'en demeure pas moins que les ordonnances ainsi examinées ont valeur réglementaire (A). L'exercice d'une telle compétence comporte en outre des risques de conflit d'interprétation avec le juge administratif (B).

A- La valeur réglementaire des ordonnances examinées à l'occasion du contrôle de la loi de ratification

L'examen des ordonnances *a priori* fait exception à l'incompétence prétendue du Conseil constitutionnel pour contrôler, dans le cadre de son office DC, des actes ayant valeur réglementaire. En effet, la valeur normative de l'ordonnance reste inchangée entre sa publication et la saisine du Conseil constitutionnel. Certes, une procédure parlementaire ayant abouti à l'adoption de dispositions de ratification s'est déroulée dans l'intervalle. Toutefois, la procédure législative ainsi que les modifications éventuelles que l'ordonnance aurait pu y subir sont sans incidence sur sa valeur réglementaire.

La Haute juridiction a depuis de nombreuses années établi que la censure d'une loi de ratification avait pour effet de maintenir l'ordonnance dans la catégorie des actes

¹⁷ Article 61 alinéa 2 : « Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs ».

¹⁸ Il en fut ainsi de la loi n° 2007-210 du 19 février 2007 portant réforme de l'assurance de protection juridique, JO du 21 février 2007, p. 3041.

règlementaires. Ainsi, la loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence¹⁹ ayant été jugée non-conforme, les Sages ont conclu que la régularité juridique de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986²⁰ qu'elle ratifiait ne pouvait être appréciée et qu'elle demeurait « *dans sa totalité, jusqu'à l'intervention d'une loi la ratifiant, un texte de valeur réglementaire* »²¹. Le Conseil constitutionnel ne serait donc pas compétent pour apprécier la conformité d'une ordonnance conservant valeur réglementaire. À l'inverse, les Sages pourraient contrôler une ordonnance dès lors que la loi de ratification n'est pas inconstitutionnelle. Concrètement, la Haute juridiction exercerait un contrôle normal de la loi de ratification qui serait un préalable à l'examen de l'ordonnance. Deux hypothèses sont alors envisageables :

- a- Le Conseil constitutionnel censure la loi de ratification : l'ordonnance reste réglementaire et les Sages n'en apprécient pas la conformité.
- b- La loi de ratification est conforme : la Haute juridiction s'autoriserait alors contrôler la constitutionnalité de l'ordonnance.

Cependant, l'argumentation du Conseil constitutionnel comporte une faille. Dans la seconde hypothèse comme dans la première, l'ordonnance n'a encore que valeur réglementaire. Les justifications qui pourraient être données à la compétence ainsi exercée par la Haute juridiction ne sont pas contestées ici. Elles ne sont d'ailleurs pas l'objet du propos. L'essentiel est ailleurs : il est impossible qu'une ordonnance ait déjà acquis valeur législative au stade du contrôle de constitutionnalité *a priori*. Simplement parce que la loi de ratification n'a pas encore été promulguée. Or – cela est valable pour toute autre loi ordinaire²² –, seule la

¹⁹ Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions de l'Autorité de la concurrence à la juridiction judiciaire, *JO* du 7 juillet 1987, p. 7391.

²⁰ Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JO* du 9 décembre 1986, p. 14773.

²¹ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987.

²² Voir à cet effet, Sénac (Charles-Édouard), *L'office du juge constitutionnel français*, thèse, Paris 2, 2010, p. 546 ; Fleury (Pierre), *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, Paris, Dalloz, 2005, p. 30 et suivants ; Agostini (Christophe), *Les normes non valides*, thèse, Paris 10, 2003, p. 313.

promulgation confère force juridique à la loi de ratification. La transformation de l'ordonnance en acte législatif est conditionnée par la promulgation de la loi de ratification. De sorte que les ordonnances contrôlées par l'intermédiaire du texte de ratification voté par le Parlement sont des actes juridiques ayant incontestablement valeur réglementaire. L'analyse selon laquelle les ordonnances ratifiées sont contrôlées à l'occasion de l'examen des lois de ratification²³ doit donc être démentie, ou nuancée à tout le moins. Il s'agit plutôt d'ordonnances en voie de ratification qui n'ont pas encore acquis force de loi.

Si l'argumentation de la Haute juridiction ne paraît pas irréprochable, son intention est compréhensible. Le contrôle de constitutionnalité d'une ordonnance dont les dispositions de ratification ont été censurées devient inutile. La censure du Conseil constitutionnel paralyse la ratification. Déjà en vigueur, l'ordonnance continuera à « vivre » en conservant sa valeur réglementaire initiale. À l'inverse, l'ordonnance acquerra valeur législative si la loi de ratification est conforme. Dans ce cas de figure, son examen par les Sages serait justifié. L'emploi du conditionnel est délibéré : le contrôle des ordonnances par le Conseil constitutionnel *a priori* ne se justifie pas en toutes circonstances.

Le Professeur Yves Gaudemet posait comme préalable que le contenu de la loi de ratification « donne prise » à la Haute juridiction. En d'autres termes, il faudrait que « la loi emportant la ratification implicite comporte une véritable reprise, partielle ou totale ou une modification substantielle de l'ordonnance en cause »²⁴. Peut être ainsi justifiée la déclaration par les Sages de la constitutionnalité de l'article 3 bis de l'ordonnance du 30 mars 1982²⁵, ratifiée par la loi du 31 mai 1983²⁶ qui y introduisit quelques modifications. Cependant,

²³ Voir Feldman (Garance) : Dès lors que ces dernières [les ordonnances] acquièrent valeur législative par leur ratification, seul le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler leur constitutionnalité au travers des dispositions législatives de ratification », *RDP*, 2011, p. 1565. Ou encore Verpeaux (Michel) : « S'agissant de cette dernière [la loi de ratification], le Conseil procède aussi au contrôle de la validité des ordonnances ratifiées » (« Les ordonnances de l'article 38 ou les fluctuations contrôlées de la répartition des compétences entre la loi et le règlement »), *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 19, 2006, disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

²⁴ Gaudemet (Yves), « La loi administrative, art. cité, p. 74.

²⁵ Ordonnance n° 82-290 du 30 mars 1982 relative à la limitation des possibilités de cumuls entre pensions de retraite et revenus d'activités, *JO* du 31 mars 1983, p. 983.

²⁶ Loi n° 83-430 du 31 mai 1983 portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse, *JO* du 1^{er} juin 1983, p. 1639.

certaines lois de ratification ne reprennent aucune disposition de l'ordonnance, pas plus qu'elles n'y introduisent des modifications. D'autres comprennent un article unique dont les dispositions se bornent à ratifier explicitement une ordonnance ou un ensemble d'ordonnances²⁷. Dans des cas de figure similaires à ceux-ci néanmoins, il est arrivé que la Haute juridiction accepte d'examiner la constitutionnalité des ordonnances ou de certaines dispositions seulement. Il reste que l'exercice d'une telle compétence comporte le risque d'une contradiction avec le juge administratif.

B- Des risques de conflit d'interprétation

En contrôlant les ordonnances encore réglementaires avant la promulgation des lois de ratification, le Conseil constitutionnel exerce peu ou prou une compétence dévolue au juge suprême de l'ordre administratif. Et ce, notamment, lorsque l'ordonnance a été explicitement ratifiée et qu'aucune modification n'y a été apportée par les parlementaires.

Il appartient en effet au Conseil d'État saisi d'un recours en annulation de l'ordonnance réglementaire d'en contrôler la constitutionnalité. En outre, lorsqu'une exception d'illégalité soulevée devant toute juridiction ordinaire est dirigée contre une ordonnance non-ratifiée ou un acte pris sur le fondement de celle-ci, seules les juridictions administratives sont compétentes pour la trancher²⁸. L'exception peut être fondée sur un moyen tiré de la violation de règles ayant valeur constitutionnelle. Ainsi, le juge administratif est censé avoir l'exclusivité du contrôle de constitutionnalité des ordonnances réglementaires, compétence qu'il exerce dans le cadre des différents recours contentieux dont il est saisi.

La conséquence prévisible de l'« intrusion » des Sages dans le champ de compétence du juge administratif est un double emploi dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, ouvrant la voie à un conflit d'interprétation. Un exemple édifiant : l'ordonnance sur les

²⁷ Par exemple l'article unique de la loi n° 84-421 du 6 juin 1984 portant ratification des ordonnances prises en application de la loi n° 83-332 du 22 avril 1983 autorisant le Gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, diverses mesures financières, *JO* du 7 juin 1984, p. 1762.

²⁸ Voir l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 20 octobre 2006, 18^e chambre, n° 06/06992 relatif au contrat nouvelle embauche.

contrats de partenariat²⁹ a été édictée sur le fondement de l'article 6 de la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit³⁰. Saisie de cette loi d'habilitation, le Conseil constitutionnel l'a déclarée conforme sous réserve d'une certaine interprétation³¹. Statuant sur un recours pour excès de pouvoir dirigé contre ladite ordonnance, le Conseil d'État a jugé que son article 2 était conforme à la réserve d'interprétation émise par le Conseil dans sa décision relative à la loi d'habilitation³². Demeurée en vigueur, l'ordonnance sur les contrats de partenariat a été ratifiée par la loi de simplification³³ de 2004, laquelle n'apporta aucune modification à l'article 2 de l'ordonnance de simplification du droit. Saisi de cette loi de ratification, le Conseil constitutionnel accepta pourtant de se prononcer sur la conformité de l'article 2 au regard de la réserve d'interprétation qu'il avait formulée dans sa décision du 26 juin 2003 relative à la loi d'habilitation. La Haute juridiction considéra alors que cet article était conforme à ladite réserve d'interprétation³⁴. Cette décision a été promptement saluée parce qu'étant exemplaire du dialogue des juges – sur un autre point, incontestablement³⁵.

Pour autant, en jugeant de la conformité de l'article 2 au regard de la réserve d'interprétation préalablement formulée, la Haute juridiction a repris littéralement ou presque – le commentaire autorisé de la décision aux *Cahiers* faisant état d'un grief non soulevé devant le juge administratif³⁶ – le contrôle réalisé par le Conseil d'État dans son arrêt *Sueur*. Si le conflit entre les deux juridictions suprêmes a été évité dans cette espèce – les Sages ayant abouti à la même conclusion que le Conseil d'État –, il n'en reste pas moins possible dans l'hypothèse où les interprétations provenant de chacune des deux ailes du Palais Royal

²⁹ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *JO* du 19 juin 2004, p. 10994.

³⁰ Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, *JO* du 3 juillet 2003, p. 11192.

³¹ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 sur la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.

³² CE. 29 octobre 2004, Section du contentieux, *Sueur*, n°269814-271119-271357-271362.

³³ Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, *JO* du 10 décembre 2004, p. 20857.

³⁴ Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004, relative à la loi de simplification du droit.

³⁵ Le Conseil d'État avait préalablement jugé que certaines dispositions de l'ordonnance avaient déjà été ratifiées. Le Conseil constitutionnel l'a confirmé en faisant explicitement référence à l'arrêt de la Haute juridiction administrative.

³⁶ « Commentaire de la décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 18, 2005, disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

divergeraient l'une de l'autre. Le Conseil constitutionnel n'aurait pas pu valablement décliner sa compétence en l'espèce sans (re)nier sa jurisprudence antérieure. La Haute juridiction fit donc l'option inverse sans s'en expliquer, alors même qu'aucune évolution ne justifiait en droit un (ré)examen des dispositions de l'article 2. Face au silence des Sages, seules des hypothèses peuvent être formulées.

Il est improbable que le Conseil constitutionnel ait considéré, au stade de son contrôle, que l'article 2 de l'ordonnance avait déjà acquis valeur législative. Cependant, la loi de ratification donne l'illusion que son adoption par les chambres a pour effet de conférer *de jure* valeur législative aux ordonnances. Peut-être est-ce la raison qui conduit le Conseil constitutionnel à contrôler la conformité d'ordonnances réglementaires. Notamment dans l'hypothèse où la loi de ratification modifie l'ordonnance, l'examen du Conseil constitutionnel se fait sous le prisme desdites modifications. La seconde hypothèse consisterait en un contrôle préalable de la constitutionnalité de la loi de ratification. En cas de conformité de celle-ci, les Sages anticiperaient sur sa promulgation en étendant leur contrôle aux dispositions de l'ordonnance. Ce contrôle préalable déterminerait le Conseil dans l'hypothèse inverse à anticiper la non-promulgation de l'ordonnance en s'interdisant tout contrôle de ses dispositions. Au demeurant, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, en droit, d'anticiper l'entrée en vigueur (ou non) d'une loi. En outre, il est arrivé dans certaines décisions que la Haute juridiction contrôle d'abord l'ordonnance, parce que la contrariété de la loi de ratification n'est pas soulevée par les requérants. Elle déduira alors le sort de la seconde du jugement qu'elle se fera de la première³⁷. L'hypothèse d'un contrôle préalable portant sur la loi de ratification est compromise dans ces cas de figure.

L'intrusion du juge constitutionnel dans le champ de compétence de son homologue administratif s'illustre également à travers les pouvoirs incombant à chacun d'eux. Les Sages épuisent leur compétence dès lors qu'ils ont déclaré inconstitutionnelles les dispositions de l'ordonnance dont la ratification était projetée. Le Conseil constitutionnel, exerçant son contrôle *a priori*, n'a compétence ni pour abroger, ni pour annuler un acte en vigueur (l'ordonnance), ayant valeur réglementaire de surcroît. Seul le Conseil d'État saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre les dispositions censurées de l'ordonnance non-ratifiée pourrait prononcer leur annulation. Mais il est improbable que le délai de deux mois

³⁷ Favoreu (Louis), Gaïa (Patrick), Ghenvontian (Richard), Philip (Loïc), Roux (André), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 15^e édition, Paris, Dalloz, 2009, p. 528.

imparti pour l'exercice du recours en annulation devant la Haute juridiction administrative n'ait pas expiré avant la saisine du Conseil constitutionnel. Reste ouverte cependant la possibilité de soulever une exception d'illégalité de l'ordonnance. Le juge administratif pourrait, en se fondant sur la censure du Conseil constitutionnel, déclarer l'ordonnance illégale. Tout en restant en vigueur, ses dispositions censurées seraient alors inappliquées.

La disparition de l'ordonnance censurée (ou de ses dispositions) ne devrait en définitive être possible que par la voie parlementaire. Les représentants ont la faculté de tirer les conséquences juridiques de la déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil en abrogeant l'ordonnance, sous réserve des situations passées en force de chose jugée. Les parlementaires pourront en outre la modifier afin d'en expurger les inconstitutionnalités.

Le Conseil est juge de la constitutionnalité des ordonnances réglementaires. S'il peut les déclarer non-conformes, il n'a pas compétence pour prononcer leur annulation ou leur abrogation. Toutefois, ce contrôle avant promulgation des dispositions de ratification interfère avec les compétences dévolues au Conseil d'État. Une réorganisation du contentieux relatif aux ordonnances entre les différents juges serait donc souhaitable.

II- Le retour à une meilleure articulation des contrôles

Avant la réforme constitutionnelle de 2008, qui a pris la forme de la loi de modernisation des institutions de la V^e République³⁸, aucune voie de droit n'ouvrait un contrôle des ordonnances après la promulgation des lois procédant à leur ratification. En effet, la Haute juridiction n'avait (quasiment) pas de prise sur les actes législatifs en vigueur. Or, les ordonnances de l'article 38 deviennent des actes législatifs, au sens plein du terme³⁹, à partir de leur ratification. Progressivement, cette immunité contentieuse a été remise en cause (A) et notamment depuis l'entrée en vigueur de la loi organique relative à l'application de

³⁸ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République, *JO* du 24 juillet 2008, p. 11890.

³⁹ La ratification confère à l'ordonnance « le caractère incontestable de la loi » (« La loi administrative », p. 67).

l'article 61-1 de la Constitution⁴⁰. Cette (r)évolution juridique autorise une réflexion relative à une inflexion, voire à un abandon du contrôle des ordonnances *a priori* (B).

A- La remise en cause de l'immunité contentieuse des ordonnances ratifiées

Selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, la conformité des dispositions législatives en vigueur peut être appréciée à l'occasion du contrôle des lois les modifiant⁴¹. Ainsi, la Haute juridiction est compétente pour examiner les dispositions d'une loi promulguée dès lors qu'un texte contrôlé avant promulgation, la modifie, la complète ou en affecte le domaine : c'est la jurisprudence dite « néo-calédonienne » ou « état d'urgence en Nouvelle-Calédonie ».

La décision 506 DC a été le premier pas dans le sens d'une remise en cause de l'immunité contentieuse des ordonnances ratifiées⁴². En l'espèce, des parlementaires de l'opposition avaient saisi le Conseil constitutionnel du paragraphe XXII de la loi de simplification du droit de 2004⁴³, contestant de nombreuses dispositions⁴⁴ de l'ordonnance relative aux contrats de partenariat. Les Sages, faisant explicitement référence à l'arrêt *Sueur* précédemment rendu par le Conseil d'État, ont confirmé la position de la juridiction administrative en considérant que plusieurs articles contestés avaient été ratifiés par la loi du 9 août 2004⁴⁵. Ayant jugé que le paragraphe à eux déféré se bornait à « réitérer la ratification » des articles contestés « *sans en modifier le contenu, ni les compléter, ni affecter*

⁴⁰ Le premier alinéa de l'article 61-1 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 ».

⁴¹ Voir décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985 sur la loi relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, confirmée par la décision n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002 relative à la loi de finances pour 2003.

⁴² Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004.

⁴³ Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit, *JO* du 10 décembre 2004, p. 20857.

⁴⁴ Il s'agissait notamment des articles 2, 8, 11, 14, 18, 26 et 28.

⁴⁵ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, *JO* du 11 août 2004, p. 14277.

leur domaine d'application », les Sages ont conclu que « les conditions dans lesquelles leur conformité à la Constitution pourrait être utilement contestée devant le Conseil constitutionnel n' [étaient] pas réunies »⁴⁶. En l'espèce, il ne fait aucun doute que les dispositions de l'ordonnance relative aux contrats de partenariat avaient acquis valeur législative préalablement au contrôle du Conseil constitutionnel. Dans l'hypothèse où elles auraient été modifiées par la loi de simplification, le Conseil constitutionnel se serait estimé compétent pour contrôler leur conformité. En l'espèce, la Haute juridiction confirma que la constitutionnalité des ordonnances ratifiées pouvait, sous certaines conditions, être appréciée dans le cadre DC. Cette évolution permettrait aux Sages d'examiner des ordonnances qui avaient été ratifiées sans qu'ils aient pu en apprécier la conformité.

Pour autant, les ordonnances ratifiées puis jugées inconstitutionnelles à l'occasion de l'examen des lois les modifiant ne peuvent être ni abrogées ni annulées par les Sages. Le contrôle portant sur la loi modificatrice avant sa promulgation trouve son fondement au deuxième alinéa de l'article 61. Les effets d'une inconstitutionnalité déclarée dans ce cadre sont prévus à l'article 62 : la disposition non-conforme ne pourrait « être promulguée, ni mise en application ». Or, l'ordonnance contrôlée à l'occasion de la loi la modifiant est déjà en vigueur et éventuellement appliquée. L'hypothèse s'est réalisée à propos de dispositions de lois : dans sa décision relative à la loi organique sur la Nouvelle-Calédonie⁴⁷, le Conseil constitutionnel a déclaré la contrariété de l'article 194 de la loi du 25 janvier 1987⁴⁸. Cette espèce qui consacrait la première application du principe consacré par la décision 187 DC⁴⁹ a suscité un important débat doctrinal⁵⁰. Finalement, la Cour d'Appel de Douai a écarté l'application de l'article 194 dans une décision du 30 mars 2000⁵¹, en se fondant

⁴⁶ Décision n° 2004-506 DC du 2 décembre 2004.

⁴⁷ Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999 sur la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie.

⁴⁸ Loi n° 85-96 du 25 janvier 1985 relative à l'état d'urgence en Nouvelle-Calédonie et dépendances, *JO* du 26 janvier 1985, p. 1087.

⁴⁹ *Op. cit.*

⁵⁰ Voir à ce propos : Blachère (Philippe), « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, n° 105, 2005, p. 21 ; Favoreu (Louis) et Philip (Loïc), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2005 ; ou encore le communiqué du Conseil constitutionnel : « Effets du contrôle exercé par le Conseil constitutionnel sur la loi promulguée », disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

⁵¹ CA. Douai, 2^e ch, 30 mars 2000, *Juris-Data*, n°165289. Voir à ce sujet Bonnet (Julien), « L'amorce d'une véritable révolution juridique : la réponse du juge ordinaire et du Parlement à la censure par le Conseil

explicitement sur la décision 410 DC précitée. Il devrait en être de même dans l'hypothèse de l'inconstitutionnalité des dispositions d'une ordonnance ratifiée. Seulement, les juges ordinaires ne se montrent pas très coopératifs à cet égard⁵². Il est peu probable qu'elles changent d'attitude dans l'hypothèse d'une inconstitutionnalité affectant une ordonnance ratifiée. Il reviendrait alors au législateur de tirer les conséquences juridiques de la décision d'inconstitutionnalité rendue par le Conseil⁵³. À cet égard, la question prioritaire de constitutionnalité constitue une évolution majeure.

Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 62 autorisent le Conseil constitutionnel à abroger des dispositions législatives jugées non-conformes dans le cadre de la QPC. L'abrogation consiste à faire disparaître les dispositions litigieuses pour l'avenir. En cela, elle doit être distinguée de l'annulation contentieuse qui a une portée rétroactive. Le constituant laisse d'ailleurs à la Haute juridiction la latitude de déterminer les conditions de cette abrogation⁵⁴. À ce titre, le premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance

constitutionnel des dispositions d'une loi promulguée », *RFDA*, 2005, p. 1049 et Camby (Jean-Pierre), « Une loi promulguée frappée d'inconstitutionnalité ? », *RDP*, 1999, p. 653.

⁵² Des illustrations jurisprudentielles : C. Cass., Assemblée plénière, 10 octobre 2001, *Breisacher* ; ou plus récemment, les dispositions de la loi relative à la sécurisation de l'emploi censurées *a priori* (décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013) que le Conseil d'État renvoie néanmoins dans le cadre d'une QPC au Conseil constitutionnel, lequel conclut d'un non-lieu à statuer (décision n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013, *Sociétés Allianz IARD et autre*, JO du 20 octobre 2013, p. 17279). Sénac (Charles-Édouard) relève que les juridictions suprêmes ordinaires limitent « l'étendue de la chose jugée par le Conseil constitutionnel au seul texte déféré à son examen par la saisine ». Ce faisant, elles dénie « toute autorité contraignante à une déclaration de non-conformité d'une loi promulguée, à l'occasion de l'examen préventif d'une loi qui affecte, complète ou modifie son domaine » (*L'office du juge constitutionnel français, op. cit.*, p. 172). Pour une application inverse mais marginale, voir Bonnet (Julien), *Le juge ordinaire français et le contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 113.

⁵³ Il le fit en abrogeant l'article 194 de la loi relative à la Nouvelle-Calédonie par une l'ordonnance n° 192-2000 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code du commerce. Plus récemment, la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014, JO du 24 décembre 2013, p. 21034 dont l'article 14 tire les conséquences de la décision 672 DC précitée.

⁵⁴ Le deuxième alinéa de l'article 62 dispose : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Pour une application, voir la décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013 sur la participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques.

du 21 octobre 1986⁵⁵ a été déclaré contraire à la Constitution⁵⁶. En comparaison au contrôle DC, les effets de l'inconstitutionnalité de l'ordonnance sont variables. Dans les deux cas de figure, l'ordonnance est en vigueur, mais avec une valeur normative différenciée⁵⁷. L'ordonnance réglementaire contrôlée par le truchement de la loi de ratification ne pouvant être abrogée dans l'hypothèse d'une non-conformité, son sort devient aléatoire⁵⁸. À l'inverse, la censure de l'ordonnance législative dans le cadre QPC entraîne son abrogation immédiate ou différée par le Conseil constitutionnel. En cela, les Sages sont juges de l'inconstitutionnalité de l'ordonnance ratifiée. Seule la Haute juridiction est compétente pour procéder à une abrogation contentieuse de l'ordonnance ayant acquis valeur législative.

Du reste, l'ouverture de cet office est soumise aux conditions fixées par la loi organique relative à l'application de l'article 61-1. L'importance des conditions qu'elle prévoit ainsi que la marge d'appréciation laissée aux juridictions ordinaires ont pu susciter en outre, des interrogations quant à la réalité de ce contrôle⁵⁹. De plus, le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* est plus restreint que celui exercé à l'occasion de l'examen de la loi de ratification. Les dispositions des ordonnances ratifiées ne peuvent être confrontées qu'aux seuls droits et libertés constitutionnels. Pour autant, l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité marque une évolution incontestable en matière de contrôle des ordonnances.

Le contrôle de l'article 61-1 mérite son qualificatif « *a posteriori* » lorsqu'il porte sur toutes dispositions législatives, sauf celles contenues dans des ordonnances ratifiées, dont l'édition a été fondée sur l'article 38. En effet, c'est après la promulgation de la loi de ratification que ces ordonnances acquièrent valeur législative. Or, à partir de cette

⁵⁵ Ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 relative à l'intéressement et à la participation des salariés aux résultats de l'entreprise et à l'actionnariat des salariés.

⁵⁶ Décision n° 2013-336 QPC du 1^{er} août 2013 sur la participation des salariés aux résultats de l'entreprise dans les entreprises publiques.

⁵⁷ C'est toute la différence avec la comparaison classique effectuée entre les effets des décisions d'inconstitutionnalité DC et QPC portant sur des lois. Dans le premier cas l'acte objet du contrôle n'est pas encore en vigueur, alors qu'elle l'est dans le second.

⁵⁸ Voir *supra*.

⁵⁹ Feldman (Garance) voit dans l'examen des ordonnances ratifiées un contrôle aléatoire et limité, parce que soumis à des conditions restrictives (« Le leurre de la ratification expresse des ordonnances de l'article 38 », art. cité, p. 1568).

promulgation, elles ne peuvent faire l'objet d'aucun contrôle *a priori*. De sorte que la question prioritaire de constitutionnalité est l'unique modalité d'examen de la conformité des ordonnances après l'acquisition de leur valeur législative. L'analyse vaut également pour les lois. Mais contrairement aux ordonnances, celles-ci ne sont pas en vigueur au stade de leur contrôle DC. C'est la promulgation qui leur confère valeur législative, laquelle est insusceptible de varier.

La combinaison des difficultés sous-jacentes au contrôle des ordonnances avant la promulgation des lois procédant à leur ratification d'une part, et la remise en cause de leur immunité contentieuse après acquisition de la valeur législative de l'autre, impose une meilleure articulation des différents contrôles entre les juges administratif et constitutionnel. Cette évolution pourrait emprunter la voie d'une inflexion du contrôle des ordonnances, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution.

B- Une inflexion nécessaire en matière de contrôle des ordonnances *a priori*

À l'analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il appert que les Sages n'ont déclaré aucune ordonnance non-conforme *a priori*. Toutes les fois que les dispositions de ratification ont été jugées constitutionnelles, l'ordonnance l'a également été. Certes, la Haute juridiction a, dans certaines décisions, dû recourir à des réserves d'interprétation pour « sauver » l'ordonnance. Cependant, il est surprenant qu'aucune des ordonnances ratifiées n'ait au sens du Conseil recelé quelque inconstitutionnalité. Sans doute la Haute juridiction évite-t-elle, dès lors que l'analyse des dispositions de ratification ne révèle aucune contrariété, de censurer les ordonnances auxquelles elles sont relatives.

Cette position jurisprudentielle peut être justifiée à plusieurs égards. D'abord, en considération du contrôle de constitutionnalité susceptible d'être réalisé préalablement par le Conseil d'État, saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance. Si ce contrôle n'est pas systématique, il n'en demeure pas moins possible. Ensuite, l'ordonnance est un acte juridique en vigueur. La déclaration de son inconstitutionnalité par les Sages produirait des conséquences sur des situations en cours. Or, la Haute juridiction n'est pas habilitée dans le cadre DC, à moduler les effets de ses décisions. Il n'existe en outre aucune garantie juridique

quant à l'exécution des décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel déclarerait une ordonnance non-conforme. De sorte qu'aurait pu apparaître en matière d'ordonnances une jurisprudence constitutionnelle « molle », constituée de décisions dont l'exécution serait incertaine, et qui produiraient certainement des conséquences sur les situations en cours dont le juge n'aurait pas compétence pour déterminer les effets. Ces incertitudes ont dû déterminer le Conseil constitutionnel à adopter la voie de la prudence quant au contrôle des ordonnances avant leur ratification.

Quand bien même il ne se concrétisait pas par la censure, le maintien par le Conseil constitutionnel de sa compétence pour contrôler les ordonnances *a priori* était nécessaire. Ce faisant, la Haute juridiction adressait au législateur, ainsi qu'au Gouvernement, un message signifiant qu'elle pourrait, lorsque les circonstances l'exigeraient, déclarer l'inconstitutionnalité d'une ordonnance nonobstant l'adoption des dispositions la ratifiant. Une telle prudence devient superfétatoire depuis la réforme constitutionnelle de 2008⁶⁰ et l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité.

Désormais, le Conseil pourra remédier à l'inconstitutionnalité d'une ordonnance devenue législative, dès lors qu'elle est saisie par un justiciable sur le fondement de l'article 61-1. Certes, les normes de référence de la question prioritaire sont limitées aux seuls droits et libertés constitutionnels. Cependant, l'essentiel des griefs relatifs aux ordonnances est relatif à ces droits et libertés⁶¹.

Une solution médiane pourrait toutefois être privilégiée. Elle consisterait à distinguer les ordonnances ayant subi des modifications lors de la phase parlementaire de ratification d'une part, et celles qui sont demeurées en l'état d'autre part. Le Conseil constitutionnel pourrait continuer à contrôler les premières avant la promulgation des dispositions de ratification. Cet examen viserait à garantir que les modifications apportées par les parlementaires n'entachent pas l'ordonnance d'inconstitutionnalité et que celle-ci reste conforme notamment après un éventuel contrôle préalable du Conseil d'État. En revanche, la Haute juridiction devrait se déclarer incompétente quant aux secondes.

⁶⁰ Il faut signaler l'exigence de ratification expresse des ordonnances. Cette obligation a été introduite au deuxième alinéa de l'article 38, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

⁶¹ Le Conseil constitutionnel juge par exemple irrecevable, en matière DC, le moyen tiré de ce que l'ordonnance ratifiée aurait outrepassé les limites de l'habilitation : décision n° 2004-506 DC.

Une telle clarification comporterait l'avantage de conjurer les risques de contradiction entre le juge constitutionnel et son homologue administratif. En outre, l'articulation du contentieux de constitutionnalité des ordonnances entre les juges administratif et constitutionnel serait plus intelligible. Le Conseil d'État resterait seul compétent à l'égard des ordonnances réglementaires. Quant au Conseil constitutionnel, il le deviendrait après l'acquisition de la valeur législative par les ordonnances, sauf l'hypothèse d'une modification de celles-ci au cours de la procédure parlementaire de ratification.

Dario Degboé

Doctorant contractuel, chargé d'enseignement

CEJESCO, Université de Reims

Atelier A, « Pratiques de la QPC »

Candidat au prix Louis Favoreu