

Cercle des constitutionnalistes

14 juin 2024

Didier-Roland Tabuteau¹

Vice-président du Conseil d'Etat

Quelques éléments sur le Conseil d'Etat et la Constitution :

Le Conseil d'Etat trouve à plusieurs reprises place dans la Constitution. Il y a bien sûr d'abord, la mention du Conseil d'Etat pour sa mission consultative—désormais aux articles 37, 38, 39 et 74-1. Il y est ensuite inscrit pour sa mission contentieuse à l'article 74 pour le contrôle des actes de certaines collectivités d'outre-mer, et enfin à l'article 61-1 s'agissant de la question prioritaire de constitutionnalité.

Le Conseil d'Etat juge de la constitutionnalité

Quand le Conseil constitutionnel est juge de la constitutionnalité des lois, le Conseil d'Etat est, lui, le juge de la constitutionnalité des actes administratifs. La Constitution est la référence fondamentale et, dès avant la grande décision du Conseil constitutionnel de 1971 élargissant le bloc de constitutionnalité², il a pu censurer des dispositions réglementaires qui méconnaissaient la Constitution. Ce fut le cas avant même la Constitution de la Vème République, par exemple en 1950 avec l'arrêt *Dehaene*³, s'agissant d'une interdiction générale du droit de grève contraire au préambule de la Constitution de 1946.

Au-delà des règles de fond, consacrées en particulier par le préambule de 1946 et la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le Conseil d'Etat est fréquemment appelé à faire respecter les règles constitutionnelles de répartition des compétences, notamment entre le pouvoir législatif et réglementaire⁴. On peut d'ailleurs y ajouter celles relatives à la hiérarchie des normes, et notamment la supériorité de la norme conventionnelle sur la loi, qui découle de l'article 55

¹ Texte écrit en collaboration avec Jean-Baptiste Desprez, magistrat administratif

² Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971

³ CE Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. 426.

⁴ Articles 34 et 37 de la Constitution

auquel le Conseil d'Etat a donné sa pleine portée⁵, notamment en tirant les conséquences de la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁶.

Dans son contrôle de constitutionnalité, afin d'assurer la cohérence de notre ordre juridique interne, le Conseil d'Etat s'attache à ce que ses interprétations ne s'écartent pas de celles du Conseil constitutionnel. Les deux institutions reconnaissent ainsi, dans des termes très proches, la primauté de la Constitution sur toute autre norme. Le Conseil d'Etat a clairement souligné dans sa décision *Sarran et Levacher*⁷ que cette dernière prime sur les stipulations des engagements internationaux de la France, comme l'a fait plus tard le Conseil constitutionnel lorsqu'il a examiné le projet de Traité constitutionnel de l'Union européenne⁸.

S'agissant des rapports entre le droit constitutionnel et le droit de l'Union européenne, auquel l'article 88-1 de la Constitution donne une place particulière dans notre ordre juridique, les rouages de cette articulation sont développés par le Conseil constitutionnel dans ses décisions *Loi sur l'économie numérique* de 2004⁹ et *Droits d'auteur et droits voisins* de 2006¹⁰. La définition de ces modalités a inspiré le Conseil d'Etat dans sa lecture pragmatique des principes de primauté de la Constitution et celui de primauté et d'effet direct du droit de l'Union européenne dans la décision *Arcelor* du 8 février 2007.

Enfin, tirant les conséquences de cette logique, le Conseil d'Etat a souligné dans sa décision *French data network* d'avril 2021¹¹ que si « *l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, [avait] pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente, le juge administratif, saisi d'un moyen en ce sens, doit l'écarter dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige* ».

Au-delà de ces aspects contentieux bien cernés, quelques remarques sur deux points complémentaires et qui ont trait aux missions consultatives du Conseil d'Etat. D'une part, sur le regard que le Conseil d'Etat porte dans ce cadre sur les décisions du Conseil constitutionnel, et d'autre part, sur son office dans le cadre des réformes constitutionnelles.

⁵ CE, Ass, 20 octobre 1989, *Nicolo*, R.F.D.A. 1989 p. 813 concl. Frydman, note Genevois et (5 janvier 2005, Mlle Déprez et M. Baillard, RFDA 2005 p. 56, note Bonnet ; RTDE 2006, p. 183, note Ondoua

⁶ Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse et décision* n° 88-1082/1117 du 21 octobre 1988, A.N., Val d'Oise 5e circ., R.F.D.A. 1988 p. 908, note Genevois

⁷ CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, n° 200286 et 200287, Rec. 368.

⁸ CC, 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, n° 2004-505 DC.

⁹ CC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, n° 2004-496 DC.

¹⁰ CC, 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540 DC.

¹¹ CE, Ass. 21 avril 2021, *French data network*, n°393099

Le Conseil constitutionnel dans le regard des sections consultatives du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat, dans ses missions consultatives, assure un contrôle sur trois niveaux.

- La qualité rédactionnelle du texte sur lequel il est consulté, projet de décret, d'ordonnance ou de loi, et depuis 2008, certaines propositions de loi ;
- L'opportunité administrative, au regard de la stabilité juridique, de l'efficacité et de la simplicité du texte, ou encore de sa capacité à atteindre les buts que l'auteur du texte poursuit. Peuvent être rattachés à ce niveau d'examen, et au suivant, les questions d'entrée en vigueur, et d'application outre-mer des dispositions en cause ;
- Et enfin, troisième niveau d'examen, et probablement le plus crucial, l'appréciation juridique, au regard des risques de contrariété ou de miroitement vis-à-vis de textes en vigueur, et évidemment, des textes supérieurs dans la hiérarchie des normes.

Dans le cadre de cette appréciation juridique, le Conseil d'Etat examine notamment la constitutionnalité des dispositions qui lui sont proposées. Il est alors appelé à suggérer des modifications des textes qui méconnaîtraient la Constitution telle qu'elle est interprétée par le Conseil constitutionnel. En bon conseil, il doit en effet éviter que le texte encoure sa censure. S'il ne peut adapter le texte en ce sens, il est conduit à écarter les dispositions qui méconnaîtraient la Constitution – une disjonction, dans le vocabulaire du Palais-Royal.

Pour prévenir les risques de non-conformité, et remplir pleinement son office de conseiller juridique, le Conseil d'Etat porte une appréciation fine sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Au-delà du bloc de constitutionnalité, qui comprend bien sûr non seulement la Constitution, mais également la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, le Préambule de 1946¹² et la Charte de l'environnement¹³, il considère que les interprétations du Conseil constitutionnel s'incorporent aux dispositions qu'il a interprétées.

¹² CC, 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, n° 71-44 DC.

¹³ CC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, n° 2008-564 DC.

Les avis du Conseil d'Etat sur les projets de loi, rendus publics pour l'essentiel depuis 2015, citent et analysent en conséquence les décisions pertinentes du Conseil constitutionnel. Par exemple, pour le seul projet de loi de programmation de la justice, sur lequel le Conseil d'Etat a rendu un avis le 3 mai 2023, il se réfère à 9 décisions du Conseil constitutionnel. Il a notamment estimé dans cet avis que l'usage de caméras individuelles pour les personnels de surveillance de l'administration pénitentiaire n'encourait pas de risque de censure par le Conseil constitutionnel, dès lors que ce régime était aligné sur celui de la police nationale, lui-même déclaré constitutionnel¹⁴.

Le commentaire publié par le Conseil constitutionnel, qui peut expliquer plus précisément les fondements et la portée de la décision, est également un précieux outil de travail pour estimer ce qui pourra être considéré ou non comme constitutionnel.

De rares divergences entre les décisions du Conseil constitutionnel et l'anticipation du Conseil d'Etat

Il faut d'emblée écarter deux points.

D'abord, il y a d'une part les censures du Conseil constitutionnel qui portent sur des dispositions pour lesquelles le Gouvernement a repris sa version initiale du texte, en dépit des avertissements du Conseil d'Etat. Et, d'autre part, celles de dispositions issues d'amendements parlementaires ou gouvernementaux sur lesquelles, logiquement, le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé.

Il y a ensuite le cas où le Conseil d'Etat rappelle au Gouvernement ses obligations constitutionnelles, sans estimer que leur non-respect entraînerait la censure du texte par le Conseil constitutionnel. C'est le cas pour les études d'impact, où le Conseil d'Etat invite très souvent le Gouvernement à les compléter pour se conformer aux exigences de l'article 39 de la Constitution et de la loi organique du 15 avril 2009 qui imposent ces études pour la présentation des projets de loi au Parlement. Les deux fois où il a été saisi sur ce point (projet de loi NOTRe¹⁵ et récemment sur le projet de loi d'orientation agricole¹⁶), le Conseil

¹⁴ Point 27 de l'avis du 3 mai 2023 un projet de loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027

¹⁵ Décision n° 2014-12 FNR du 1er juillet 2014 sur la présentation du projet de loi relatif à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral

¹⁶ Décision n° 2024-14 FNR du 22 avril 2024 sur la présentation du projet de loi d'orientation pour la souveraineté en matière agricole et le renouvellement des générations en agriculture

constitutionnel a estimé que la loi organique avait été respectée, montrant qu'il exerçait un contrôle essentiellement formel sur le respect de cette obligation comme il l'avait laissé prévoir dès le contrôle de la loi organique de 2009¹⁷. Mais cette étude d'impact étant une condition pour éclairer le Parlement, le Conseil d'Etat continue naturellement à souligner son insuffisance lorsqu'il la constate.

Il reste que deux types de situation peuvent mener à une censure par le Conseil constitutionnel, après un avis du Conseil d'Etat qui aurait été suivi.

En premier lieu, il arrive que le Conseil constitutionnel adopte une vision plus stricte que ce qu'avait anticipé le Conseil d'Etat. Ce fut le cas par exemple, pour la loi d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, s'agissant de l'activation à distance d'appareils électroniques afin de capter des sons et des images. Le Conseil d'Etat avait estimé nécessaire de renforcer les garanties prévues par la loi, en limitant la durée d'autorisation et en interdisant l'usage de cette technique pour davantage de personnes que ce qu'avait envisagé le Gouvernement¹⁸. Mais le Conseil constitutionnel a jugé que, dès lors que cette mesure pouvait conduire à l'enregistrement de paroles et d'images de tiers, non concernés par les mesures d'investigations, la loi votée permettrait une atteinte disproportionnée au but poursuivi, et il a donc censuré la disposition. L'appréciation de la disproportion est le terrain principal des divergences entre les deux Conseils. Rien d'étonnant à cela, puisque cette notion de disproportion relève davantage d'une pesée que d'une logique binaire.

Il arrive d'ailleurs aussi que le Conseil d'Etat soit plus prudent ou plus strict que ce que décide finalement le Conseil constitutionnel. Pour ne prendre qu'un exemple, le Conseil d'Etat avait estimé en 2009¹⁹ que l'impossibilité pour une loi d'habilitation de prévoir l'intervention d'ordonnances de l'article 38 dans le domaine des lois de finances s'étendait aux dispositions relevant du domaine partagé entre la loi de finance et la loi ordinaire. Le Conseil constitutionnel en a jugé autrement en 2019 : le Parlement peut déléguer au Gouvernement l'adoption de dispositions relevant de ce domaine partagé²⁰, par opposition au domaine exclusif de ces lois de finances.

En second lieu, les cas d'inflexion de son appréciation par le Conseil constitutionnel peuvent conduire à ce que l'avis du Conseil d'Etat ne puisse pas pleinement anticiper le risque constitutionnel. Ainsi de la définition des cas

¹⁷ Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009 sur la loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution

¹⁸ Point 15 de l'avis du 2 mai 2023, déjà cité

¹⁹ Voir rapport public de 2010 pour l'année 2009, page 122 « Loi de finances et ordonnance de l'article 38 ».

²⁰ CC, 2019-796 DC, 27 décembre 2019, cons. 106, 107, JORF n°0302 du 29 décembre 2019, texte n° 3

d'intérêt général qui peuvent permettre de réduire les cotisations salariales sans méconnaître le principe d'égalité. De telles exonérations furent admises en 2007 par le Conseil constitutionnel lors de son contrôle de la loi dite « TEPA »²¹ - en relevant notamment l'objectif d'intérêt général de stimulation de la croissance et de l'emploi, la portée limitée des mesures et le fait qu'elle ne comprenait pas d'exonération de la contribution sociale généralisée et de la contribution pour le remboursement de la dette sociale. Les exonérations d'une toute autre ampleur de cotisations salariales prévues par la loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014²² aux fins d'augmenter le pouvoir d'achat des salariés, qui exemptaient près d'un tiers des assurés sans restriction de leurs droits, ont été déclarées en revanche contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel²³.

Le Conseil d'Etat, conseiller juridique pour les projets de loi constitutionnelle :

A première vue, le Conseil d'Etat n'a pas grand-chose à dire sur un projet de loi constitutionnelle, car il ne peut rapporter un tel projet à une norme de référence de valeur juridiquement supérieure.

La Constitution, norme suprême, est inopposable à la norme constitutionnelle. En outre, le pouvoir constituant dérivé a autant de pouvoir que le constituant originaire, et il n'existe pas de norme supraconstitutionnelle, sauf peut-être la « *forme républicaine du Gouvernement* » évoquée par l'article 89, mais dont on ne saurait exagérer la portée²⁴. Pour autant, le Conseil d'Etat rend un avis sur les projets de loi constitutionnelle. Il est le seul organe à intervenir dans une révision constitutionnelle en dehors des hautes autorités politiques (Gouvernement, Président de la République, Parlement) et, le cas échéant, du peuple, étant souligné que le Conseil constitutionnel n'est pas saisi en amont et décline sa compétence en aval, comme il l'a bien souligné en 2003²⁵.

Le Conseil d'Etat conseille le Gouvernement sur de tels projets, au regard de critères qu'il a énoncés dans son avis adopté le 3 mai 2018 sur un « projet de loi

²¹ CC, 16 août 2007, *Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, n° 2007-555 DC.

²² CC, 6 août 2014, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014*, n° 2014-698 DC.

²³ Voir au sujet de cette décision et du revirement de jurisprudence qu'elle constitue, l'article de M. Collet, « Le Conseil constitutionnel et la distinction des impôts et des cotisations sociales. A propos de la décision Cons. const., 6 août 2014, n° 2014-698 DC, *Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014* », *Revue de droit fiscal*, 2014, n° 40, p. 553.

²⁴ Aux termes du cinquième alinéa de l'article 89 de la Constitution : « La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision. »

²⁵ CC, n° 2003-469 DC du 26 mars 2003

constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace ».

Il est possible de reprendre le texte même de l'avis, qui détaille l'office du Conseil d'État lors de l'examen d'un projet de loi constitutionnelle.

« Le pouvoir constituant est souverain. Il s'ensuit que la vérification de la conformité à la norme supérieure, qui constitue une part essentielle de l'examen d'un texte par le Conseil d'État d'un projet de loi ou de décret, n'a pas lieu d'être en l'espèce puisque la Constitution est, dans l'ordre interne, la norme suprême.

Toutefois, il est nécessaire que le Conseil d'État s'assure que le projet qui lui est soumis ne place pas la France en contradiction avec ses engagements internationaux, afin d'attirer, le cas échéant, l'attention du Gouvernement sur les difficultés que cela pourrait entraîner.

De même, s'il n'existe pas de hiérarchie au sein de la Constitution, il revient au Conseil d'État de relever, le cas échéant, qu'une disposition ne s'inscrit pas dans les grands principes qui fondent notre République, énoncés particulièrement au Préambule, lequel renvoie notamment à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et aux trois premiers articles de la Constitution.

Il lui appartient aussi de signaler qu'une disposition contreviendrait à l'esprit des institutions, porterait atteinte à leur équilibre ou méconnaîtrait une tradition républicaine constante.

(...)

Le Conseil d'État vérifie aussi que les mesures envisagées sont de niveau constitutionnel. La dignité de la norme suprême exige en effet qu'elle ne soit pas surchargée de dispositions de rang inférieur.

La Constitution a vocation à s'inscrire dans la longue durée. Il convient par conséquent de s'assurer que les modifications qui lui sont apportées ne sont pas liées à des circonstances particulières ou à des considérations contingentes qui l'exposeraient au risque d'être rapidement remises en cause.

Le Conseil d'État examine également, comme il le fait à l'égard des autres textes, si les mesures envisagées sont à même d'atteindre l'objectif poursuivi par le Gouvernement, si d'autres mesures n'y parviendraient pas mieux ou si les dispositions existantes ne le permettent pas déjà. De même, il vérifie la cohérence interne des mesures envisagées, ainsi que leur articulation avec les dispositions existantes et leurs incidences sur le fonctionnement des institutions et des services publics.

Enfin, s'agissant de la Constitution plus encore que des autres textes, il convient d'accorder la plus grande importance à la rédaction du projet. La plume du constituant, outre qu'elle se doit d'être la plus élégante possible, doit être limpide, concise et précise. Il est essentiel que la Constitution ne soit pas source de difficultés d'interprétation, qui pourraient notamment donner lieu à des contentieux dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité. »

Quelques avis publics rendus sur les projets de loi constitutionnelle permettent d'illustrer ces différents points.

En premier lieu, s'agissant des risques de contrariété au droit international, on peut s'arrêter sur l'avis rendu en juillet 2015 s'agissant d'un projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. Le Conseil d'Etat a estimé dans cet avis qu'il existerait un risque d'incompatibilité avec le droit international entre, d'une part la déclaration adoptée par la France en 1999 affirmant que cette Charte ne pourrait conférer en France de droits collectifs et, d'autre part, le fait que cette Charte, de l'avis du Conseil constitutionnel, conférerait des droits spécifiques à des « groupes » de locuteurs de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de « territoires » dans lesquels ces langues sont pratiquées²⁶.

Ainsi, modifier la Constitution pour permettre expressément de ratifier cette charte, aurait pu conduire – à Constitution identique sur les autres points – à ne pas pouvoir effectivement respecter les engagements de la charte et donc à méconnaître les engagements internationaux de la France.

En deuxième lieu, s'agissant du respect des objectifs que s'assigne le Gouvernement, le Conseil d'Etat a rendu en mai 2018²⁷ un avis défavorable à la consultation obligatoire de la « Chambre de la participation citoyenne » sur les projets de loi à caractère économique, social ou environnemental, dès lors que cette disposition méconnaissait « *l'objectif d'accélération de leur adoption recherché par le projet à travers les modifications qu'il apporte au titre V de la Constitution.* »

En troisième lieu, s'agissant de la cohérence interne à la Constitution, le Conseil d'Etat a par exemple noté dans son avis que le terme de « femme », pour la liberté de recourir à l'IVG, devait s'entendre sans considération « *tenant à l'état*

²⁶ Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999

²⁷ Avis du 3 mai 2018 sur un projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace

*civil, l'âge, la nationalité et la situation au regard du séjour en France*²⁸ ». Il s'agissait de bien souligner que ce terme auquel le Gouvernement était attaché n'était pas juridiquement équivalent au terme de femme – qui s'entend dans son acception liée à l'état civil – pour l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et responsabilités, prévu à l'article 1^{er} de la Constitution²⁹.

En quatrième et dernier lieu, s'agissant de la clarté du texte, le Conseil d'Etat peut proposer une nouvelle rédaction, comme il l'a fait s'agissant de l'inscription de l'IVG à l'article 34 de la Constitution. Il a ainsi proposé de retenir une rédaction disposant que « *la loi détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté garantie à la femme d'avoir recours à une interruption volontaire de grossesse* ». Cette rédaction a d'ailleurs été retenue par le Gouvernement puis surtout par le Constituant et c'est celle qui a été inscrite dans la Constitution³⁰.

On le voit ainsi en pratique dès lors qu'il n'existe pas de norme supra constitutionnelle, l'avis du Conseil d'Etat expose et, si besoin, alerte, sur les risques au regard d'une analyse avantages – inconvénients de la révision constitutionnelle. Il se prononce ainsi nécessairement sur un projet de loi constitutionnelle en élargissant les critères de référence habituels de son examen à des considérations qui, sans verser dans la philosophie politique ou le débat idéologique, lui permettent de dépasser un point de vue strictement juridique qui serait étriqué en pareille circonstance, et se limiterait au rappel que le constituant est souverain.

*

²⁸ Point 15 de l'avis du 12 décembre 2023 sur un projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse

²⁹ Aux termes du second alinéa de l'article 1^{er} de la Constitution : « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.* »

³⁰ Point 16 du même avis du 12 décembre 2023 sur un projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse