

AJDA 2008 p.630

Le Conseil d'Etat à la croisée des chemins ?

Pascale Gonod, Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne - Paris-I

L'essentiel

Le décret du 6 mars 2008 constitue la première concrétisation dans le code de justice administrative des réflexions engagées en vue d'adapter le Conseil d'Etat et la juridiction administrative à leur environnement. Il apporte aussi des innovations à l'exercice de la fonction juridictionnelle en vue de prendre en considération les exigences de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et rénove les conditions d'accomplissement par le Conseil d'Etat de sa fonction consultative.

Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, JO 7 mars 2008, p. 4244.

« Et maintenant que faire ? ». C'est par cette interrogation que, lors de son installation aux fonctions de vice-président du Conseil d'Etat, le 3 octobre 2006, Jean-Marc Sauvé tout à la fois concluait sa présentation de « l'action résolue et même déterminante » dans la transformation de la justice administrative de ses deux prédécesseurs, Marceau Long et Renaud Denoix de Saint Marc, et exposait sa préoccupation de poursuivre, dans leurs pas, « la tâche de modernisation et d'adaptation » entreprise pour permettre à leur « Maison » d'être « de plain-pied avec notre siècle et attentive au monde » (discours d'installation accessible sur le site du Conseil d'Etat : www.conseil-etat.fr).

Durant les vingt années où les présidents Long et Denoix de Saint Marc ont présidé aux destinées du Conseil d'Etat et de la juridiction administrative, le rythme comme l'importance des réformes ont en effet été sans précédent. La loi du 31 décembre 1987 n'a pas seulement mis en place une nouvelle organisation de la juridiction administrative. Certes, à l'instar des décrets de 1953, elle permet de faire face à la crise du contentieux par la création de nouvelles juridictions, mais, et à la différence des innovations d'alors, elle a constitué, aussi, le point d'ancrage d'une réforme d'ensemble de la justice administrative et représente à ce titre une véritable rupture. Avec une rapidité peu commune en la matière, les réformes se sont succédées, du fait des pouvoirs législatif et réglementaire autant qu'à l'initiative propre du juge administratif. Ainsi, et notamment, la rénovation du statut des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel a-t-elle accompagné la mise en place de la nouvelle organisation, approfondie par la création de juridictions nouvelles dans le cadre de la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 ; de même des pouvoirs d'injonction et d'astreinte ont-ils été reconnus à toutes les juridictions administratives en vue d'améliorer les conditions d'exécution des décisions juridictionnelles, amélioration à laquelle contribue à son tour la modulation des effets des annulations dans le temps décidée par le juge (CE 11 mai 2004, *Association AC! et autres*, Lebon 197 , concl. C. Devys ; AJDA 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica  ; RFDA 2004. 454, concl. C. Devys ). La profonde réforme des procédures d'urgence, en répondant aux impératifs de rapidité, a introduit au sein des juridictions administratives une nouvelle culture (juge unique, oralité...). Le code de justice administrative réalisé en 2000 enregistre ces notables bouleversements.

Dans la suite de ces avancées, le décret du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat constitue tout à la fois une nouvelle étape de l'évolution du Conseil d'Etat et de la juridiction administrative et la première pierre d'un projet au champ plus étendu. En effet, quelques mois après sa nomination, le vice-président du Conseil d'Etat exposait dans ces colonnes (entretien avec Jean-Marc Sauvé, AJDA 2007. 556 ) la constitution au sein du Conseil d'Etat de neuf groupes de travail chargés notamment de dégager des pistes pour une possible amélioration de l'organisation et du fonctionnement des formations consultatives et de la section du contentieux, ou encore de mener une réflexion sur la déontologie des membres du Conseil d'Etat, sur la gestion des carrières, sur l'adaptation aux principes du procès équitable... La méthode de « modernisation et d'adaptation » mise en oeuvre s'inscrit dans une longue tradition du Conseil d'Etat. Depuis l'installation de la République, en effet, nulle réforme ne lui a jamais été imposée. Plus encore toutes les rénovations dont il a fait l'objet, avec la juridiction administrative, ont été conçues en son sein, par ses membres, l'impulsion de sa direction ayant souvent été déterminante dans leur réalisation  (1). De même, les moteurs de la réforme relèvent des préoccupations constantes du Conseil d'Etat : préserver l'équilibre de ses fonctions consultatives et juridictionnelles qui en font sa substance, assurer son intégration dans son environnement en l'adaptant aux turbulences que ce dernier lui fait subir.

Une appréciation des innovations que porte le décret du 6 mars 2008 impose une certaine prudence, dans la mesure où il n'est qu'un élément d'une plus vaste composition qu'il contribue certes à édifier, mais qui demeure encore méconnue. Il livre néanmoins quelques prémisses sur les contours de la nouvelle figure dont elle est susceptible de doter cette institution multiséculaire, au-delà même des rénovations qu'il permet de réaliser. En effet, l'adaptation des conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle, née de cet impératif d'assimilation des exigences du procès équitable imposées par la Cour de Strasbourg, se traduit par un approfondissement de la séparation organique des deux fonctions du Conseil d'Etat. En opérant sensiblement un retour à ses fonctions originelles, la mutation de la fonction consultative que semble préparer le décret du 6 mars 2008 y participe à son tour.

L'assimilation des exigences du procès équitable : l'adaptation des conditions d'exercice de la fonction juridictionnelle

Comme la prise en considération des jurisprudences *Kress* et *Martinie* (CEDH 7 juin 2001, *Kress c/France*, AJDA 2001. 675, note F. Rolin  ; D. 2001. Jur. 2619, note R. Drago  et CEDH 12 avr. 2006, *Martinie c/ France*, AJDA 2006. 986, note F. Rolin ) conduit à la préparation du changement de nom du commissaire du gouvernement ou encore à la possibilité de répliquer aux conclusions de celui-ci, les solutions *Procola* (CEDH 28 sept. 1995, *Procola c/ Luxembourg*, D. 1996. 301, note F. Benoit-Rohmer  ; AJDA 1996. 376, chron. J.-F. Flauss ) et *Société Sacilor Lormines* (CEDH 9 nov. 2006, J.-L. Autin et de F. Sudre, L'impartialité structurelle du Conseil d'Etat hors de cause ?, RFDA 2007. 342  ; AJDA 2007. 902, chron. J.-F. Flauss ) justifient que le pouvoir réglementaire opère une spécialisation renforcée au sein des formations juridictionnelles. L'arrêt *Société Sacilor Lormines* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme, à la suite de l'affaire *Procola*, a apporté une réponse toute en nuances quant à la compatibilité avec les exigences de l'article 6-1 de la Convention relatif à la garantie d'un « tribunal indépendant et impartial » de la dualité des fonctions consultatives et des fonctions juridictionnelles du Conseil d'Etat. Aussi, afin de parer les difficultés, les exigences conventionnelles sont assimilées par un simple retour à des règles anciennes et par quelques innovations.

Tout d'abord, l'on revient sur le principe de double appartenance des membres du Conseil d'Etat aux formations administrative et juridictionnelle, posé tardivement par le décret du 30 juillet 1963. Il est ainsi prévu de nouvelles dérogations à ce principe puisque les conseillers d'Etat peuvent être affectés à deux sections administratives et les maîtres des requêtes cumulant quatre années d'activité au Conseil peuvent être exclusivement affectés ou bien à une section administrative, ou bien à la section du contentieux. Ensuite, la règle, traduisant une préoccupation ancienne, posée par l'article 20 de loi du 24 mai 1872, selon laquelle « les membres du Conseil d'Etat ne peuvent participer au jugement des

recours dirigés contre les décisions qui ont été préparées par les sections auxquels ils appartiennent, s'ils ont pris part à la délibération » et à laquelle a succédé, après sa suspension en 1939 puis son abrogation en 1940, une pratique coutumière dite du dépôt, est réintroduite dans le code de justice administrative (art. R. 122-21-1). Plus encore, dans les hypothèses où le Conseil est saisi d'un recours contre un acte pris après l'avis d'une de ses formations, le requérant qui en fait la demande peut désormais obtenir communication de la liste des membres ayant participé à la délibération de cet avis. Reste que si la règle s'applique en Assemblée du contentieux à l'égard du président de la section concernée, aucune disposition n'est prise s'agissant de l'hypothèse où la décision attaquée aurait été préparée par l'assemblée générale du Conseil d'Etat : comme le remarquait déjà Edouard Laferrière ⁽²⁾, l'article 20 ne s'applique pas alors. Par conséquent, la réponse apportée à cet égard par le décret du 6 mars 2008 demeure partielle.

Les difficultés susceptibles de naître du jeu du principe de la double affectation sont prises en compte par l'adoption de règles nouvelles relatives à la composition des formations juridictionnelles. Ainsi, les deux membres des formations consultatives siégeant en section du contentieux sont supprimés et le membre d'une section administrative siégeant en sous-sections réunies est remplacé par un membre de la section du contentieux choisi par son président en dehors des sous-sections réunies. L'Assemblée du contentieux est de surcroît élargie, par la présence nouvelle de quatre présidents de sous-section, ceux qui sont les plus anciens dans leurs fonctions ; sa composition est donc portée à 17 membres ⁽³⁾, dont la majorité est affectée au contentieux, et le vice-président du Conseil d'Etat qui la préside perd la voix prépondérante, si souvent critiquée ⁽⁴⁾, dont il disposait en cas de partage des voix.

La progression incontestable vers une séparation des personnels ne porte cependant pas atteinte à l'imbrication des rôles consultatif et juridictionnel, ce qui explique que celle-là ne pourra, nécessairement, être complète. En revanche, elle favorise la perspective de leur isolement, ce à quoi contribue également la mutation de la fonction consultative.

La mutation de la fonction consultative : un retour aux traditions ?

Au cours des dernières décennies, les conditions dans lesquelles le Conseil d'Etat accomplit sa fonction de conseil du gouvernement ont largement été occultées par la nécessité de faire front à ce que l'on a appelé la « crise du contentieux », quand bien même les réponses apportées à cette dernière ont indiscutablement pris en compte cet impératif de maintenir l'équilibre des deux fonctions au sein de l'institution. A cette préoccupation, constante depuis l'adoption de la loi du 24 mai 1872, sont venues s'en ajouter d'autres, plus récentes. L'on ne cesse en effet, depuis près de vingt ans, de dénoncer tant la - mauvaise - qualité de la réglementation que l'inflation normative ; estimant que « la France légifère trop et légifère mal » (R. Denoix de Saint Marc, éditorial, *Rapport public du Conseil d'Etat*, Doc. fr., 2006, p. 9). Le Conseil d'Etat a d'ailleurs consacré deux rapports publics à la sécurité juridique, en 1991 (De la sécurité juridique), puis en 2006 (Sécurité juridique et complexité du droit). A cette situation, dont les causes sont multiples, s'ajoute le développement de la législation déléguée, qui est en passe de devenir le mode usuel de législation (v. not. P. Delvolvé, *L'été des ordonnances*, RFDA 2005. 909 ⁽⁵⁾).

En tant qu'il participe au processus normatif, le Conseil d'Etat est aussi soumis à de fortes pressions, qualitatives et quantitatives, la législation par ordonnances l'associant plus étroitement encore à la confection de la loi. Ainsi, en 2005, et pour s'en tenir aux seules saisines de l'assemblée générale, le Conseil a tenu 44 séances « qui duraient souvent de 9 h à 20 h. L'assemblée générale a examiné 48 projets de lois (dont 4 projets de lois organiques), 10 projets relatifs à l'adoption de conventions internationales, 74 projets d'ordonnances » (Le Conseil d'Etat, acteur déterminant de l'élaboration des lois et règlements, entretien avec Renaud Denoix de Saint Marc, JCP 8 mars 2006, n° 10-11, p. 479). Par suite, pour accroître l'efficacité de son action dans un contexte de forte pression, et ce sans augmentation de ses cadres, il est procédé à des innovations qui empruntent à bien des égards à celles qui ont longtemps permis la rénovation de la fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat. Plus encore, la constitution d'une section de l'administration semble renouer avec cet

effort constant de promotion du rôle législatif du Conseil d'Etat.

La multiplication des formations consultatives et la création d'une nouvelle section administrative présentent quelques apparentements avec le mouvement de multiplication des formations d'instruction et de jugement de la section du contentieux avant-guerre (v. P. Gonod, *La réforme de la justice administrative*, 1888-1940, in G. Bigot et M. Bouvet, *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, Litec, 2006, p. 267). Il en est incontestablement ainsi de la différenciation du traitement des dossiers selon leur importance et leur complexité : chaque section administrative siègera en formation ordinaire, de sept membres, à l'exception des affaires dont l'importance justifie que son président demande la réunion plénière de la section (art. R. 123-6-1 CJA). Grâce à l'assistance de présidents adjoints (les membres de la section ayant le grade de président de section occuperont une telle fonction de droit), appelés à présider les séances, la multiplication éventuelle de leur tenue est facilitée. D'ailleurs, la validité des délibérations demeure conditionnée à la présence de trois membres - outre le président -, mais il n'est plus exigé que ceux-ci aient le grade de conseiller d'Etat (art. R. 123-8 CJA).

Un tel effort ne se fait cependant pas au détriment d'un affaiblissement des forces des formations consultatives dans la mesure où, d'une part, la collégialité y est consolidée au moyen de la généralisation de la voix délibérative au profit de tous les membres de la section, d'autre part, le recours, prévu par l'article R. 123-26 du CJA, à des « personnes que leurs connaissances spéciales mettraient en mesure d'éclairer les discussions » est facilité puisque, désormais, outre le vice-président, le président de la section intéressée peut en décider. De plus, si le fonctionnement de l'assemblée générale plénière est rendu plus aisé par l'abaissement du quorum requis pour délibérer valablement (de la moitié au quart des membres), la composition de l'assemblée générale ordinaire - et de la commission permanente - est renforcée : à chaque membre titulaire sont adjoints deux suppléants et les présidents adjoints des sections administratives participent à l'assemblée.

La rénovation, par touches, du cadre du travail consultatif, s'accompagne d'une nouvelle répartition des compétences entre les organes consultatifs : outre que la distribution des affaires entre les sections administratives ne se fait plus par départements ministériels mais par « secteurs », dont le champ - indéterminé - est donc déconnecté des structures ministérielles, l'examen des projets de lois et d'ordonnances peut désormais être soustrait à l'ordre du jour de l'assemblée générale, sur décision du vice-président, dès lors que ces projets ne « soulèvent pas difficulté ». Si eu égard au développement de la législation déléguée, une telle facilité est concevable, en revanche, la condition posée - la « difficulté » présentée par le texte - demeure des plus floues, et se dissocie des autres catégories de projets susceptibles d'être écartés du débat en assemblée générale dont l'article R. 123-20 du CJA fixe précisément l'objet. Enfin, il est procédé à la création d'une nouvelle section, la section de l'administration.

La création d'une nouvelle structure de consultation constitue l'une des réponses les plus visibles à l'accroissement des affaires dont le conseil du gouvernement est saisi par ce dernier et participe du rééquilibrage des fonctions face à l'importance de sa fonction juridictionnelle. Le communiqué de presse diffusé après l'adoption du décret indique que cette création doit permettre de « disposer d'un bloc de compétences homogène et d'une vision transversale des enjeux globaux de la réforme de l'Etat » ; elle aurait vocation à connaître des textes relatifs à la fonction publique, aux relations entre administration et usagers, à la procédure administrative, à la défense nationale, aux contrats et propriétés publics. En d'autres termes, elle serait en charge des « instruments de la gestion publique ». L'originalité des compétences de cette section qui rompt avec une approche « par matières » justifie sans nul doute la dénomination retenue. Elle pourra créer cependant quelques troubles dans le public, dans la mesure où les autres sections administratives sont incontestablement, et aussi, des sections « de l'administration » et que l'approche des champs de compétences des sections est modifiée, s'opérant par secteurs et non plus par départements ministériels. Mais là n'est pas l'essentiel et, au demeurant, cette section

nouvelle renoue avec une longue tradition.

La section de l'administration fait en effet écho à la section de législation, non pas seulement eu égard à leurs dénominations respectives, mais du fait autant de la généralité que de la conception de leurs missions. La section de législation, dont les attributions et le fonctionnement ont varié selon les régimes, existe depuis l'an VIII. Symbole d'une attribution qui a largement contribué à porter atteinte à l'exercice de la représentation nationale, le législateur de 1872 amoindrit le rôle législatif du Conseil d'Etat et supprime cette section, laquelle n'est rétablie qu'en 1879 - même si l'on entend pas davantage alors la solliciter -, pour être à nouveau supprimée, cette fois définitivement, en 1934. Etablir une analogie entre la section de législation, figure du Conseil d'Etat impérial, et la section de l'administration peut paraître, à plus d'un titre, excessif. Pourtant on ne peut pas s'abstenir de remarquer que, dans un contexte où le Parlement renonce à exercer ses compétences au profit du gouvernement - et notamment en matière de codification -, le Conseil d'Etat se trouve de fait à nouveau investi, en particulier au moyen de l'examen des projets d'ordonnances, d'un rôle législatif croissant.

De plus, l'idée que la section de l'administration soit peu ou prou la section de la réforme de l'Etat, c'est-à-dire d'un secteur qui irrigue, au-delà de la seule administration, l'ensemble de la vie de la cité, n'est pas sans rappeler la tâche première qui revint au Conseil d'Etat du début du XIX^e siècle dans la codification du droit français. Or, c'est bien parce que le Conseil d'Etat a notamment acquis sa légitimité du fait de sa compétence technique dans la confection de la loi que l'on a pu songer à l'associer au travail législatif, non pas du seul gouvernement dont il est aujourd'hui le conseil exclusif, mais des assemblées parlementaires elles-mêmes. Ainsi, pour s'en tenir à deux exemples récents, une proposition de loi déposée par L. Fabius et M. Sapin en 1990, en vue de la revalorisation du Parlement, prévoyait-elle de confier au Conseil d'Etat les études « qui lui sont demandées par les commissions des lois du Parlement sur les conditions d'application d'une législation » (proposition n° 1251, AN, 9^e législature) ; aujourd'hui, le comité Balladur propose plus encore de permettre au pouvoir législatif, à l'instar du pouvoir exécutif, de saisir le Conseil pour avis sur des propositions de lois (Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, www.comite-constitutionnel.fr). Le Conseil d'Etat demeure, de fait, au centre du mouvement de revalorisation de la place des experts dans la fabrication de la loi.

Grâce à la rénovation de ses méthodes d'examen des textes, à la création d'une nouvelle section administrative, et à l'approfondissement de la séparation des formations consultatives d'avec le pouvoir politique (les ministres ne pouvant plus faire appel à des personnalités extérieures, et surtout ne pouvant plus siéger avec voix délibérative à l'assemblée), le Conseil d'Etat se trouverait incontestablement mieux armé pour accomplir une telle mission. Il n'est pas interdit de penser qu'un tel mouvement puisse nourrir une forme de nostalgie pour un Conseil d'Etat animé par Portalis. C'est pourquoi, il peut être utile de rappeler, d'une part, que l'oeuvre, remarquable, alors réalisée fut celle d'un auxiliaire du pouvoir absolu, d'autre part, que l'application de l'article 8 la loi du 24 mai 1872 permettant au Conseil d'être saisi des projets d'initiative parlementaire donna lieu à de fortes difficultés. Ce qui atteste de ce que la promotion du rôle législatif du Conseil d'Etat dans la République devait s'accorder avec l'idée, dont il n'est pas certain qu'elle ait disparue au sein des Chambres, qu'une telle attribution constitue un véritable empiètement sur le domaine de compétence du législateur, voire une usurpation du pouvoir législatif.

L'histoire du Conseil d'Etat démontre l'étonnante capacité d'adaptation de cette « forte institution nationale ». Si les modifications apportées par le pouvoir réglementaire au code de justice administrative se situent dans le lit même de cette progression, elles laissent également transparaître une possible tension entre, d'un côté, la mutation de la fonction consultative qui tend à la rapprocher sensiblement de son exercice originel, de l'autre, la nécessité d'assimiler une culture juridique européenne que traduit déjà l'adaptation partielle de la fonction juridictionnelle. Ce faisant, s'il est encore complexe de cerner la figure nouvelle du Conseil d'Etat qui naîtra de la réforme que le décret du 6 mars 2008 ne fait

qu'engager, ce texte amplifie une séparation organique des fonctions du Conseil, dont la dualité fonde pourtant la singularité, et dont d'aucuns pourraient être tentés de prendre acte.

Mots clés :

JUSTICE * Juridiction administrative * Conseil d'Etat

(1) On pourrait penser qu'une plus grande personnalisation - voire une plus forte présidentialisation - vse fait aujourd'hui jour, à la lecture du communiqué de presse du Conseil d'Etat, lequel indique, de manière inédite, que « ce décret traduit les premiers effets concrets des réformes voulues et engagées par Jean-Marc Sauvé peu après sa nomination comme vice-président du Conseil d'Etat ». Reste que cette affirmation, qui figure d'ailleurs dans un document de communication, apparaît être en marge de la démarche de réflexion collective engagée.

(2) *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2^e éd., 1896, t. 1, p. 312.

(3) Chiffre dont la stabilité est assurée par des mécanismes de suppléance, v. art. R. 122-21 CJA.

(4) Par exemple, D. Lochak, *La justice administrative*, LGDJ, Clefs, 3^e éd., 1998, p. 70. Une voix prépondérante est accordée aux présidents de sous-section en cas de partage, art. R. 122-10 CJA.