

DROIT ADMINISTRATIF ET DROIT CONSTITUTIONNEL

APPORTS DE L'ANNEE - 2010 - FRANCE

(Juillet 2011)

Prof. Agnès ROBLOT-TROIZIER¹

INDEX

**1. L'INSTAURATION DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE
CONSTITUTIONNALITE OU LA MISE EN ŒUVRE D'UNE NOUVELLE
VOIE DE DROIT**

1.1 Les normes constitutionnelles invocables au soutien d'une QPC

1.2 Les normes objets de QPC

1.3 Les conditions d'admission des QPC

1.4 Le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité

**2. LES REGLES CONSTITUTIONNELLES ET LA COMPETENCE DU
JUGE ADMINISTRATIF RELATIVE AUX ENGAGEMENTS
INTERNATIONAUX**

2.1 La réserve de réciprocité de l'article 55 de la Constitution

*2.2 Les conditions constitutionnelles de l'application des engagements
internationaux*

**3. LA QUESTION EN SUSPENS DE LA RECEVABILITE DES RECOURS
DES PARLEMENTAIRES CONTRE LES ACTES REGLEMENTAIRES**

¹ Professeur à l'Université d'Evry – Centre Léon Duguit

L'année 2010 est une année charnière pour le droit constitutionnel français car elle est celle du bouleversement de ses rapports avec les autres disciplines, notamment avec le droit administratif. L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité place en effet la thématique constitutionnelle au cœur des évolutions les plus notables des rapports entre ces deux branches du droit public. Mais elle ne doit pas occulter les autres apports de l'année.

Certains d'entre eux concernent l'application par le Conseil d'Etat des dispositions constitutionnelles relatives aux engagements internationaux, d'autres ont trait à la question de la recevabilité des recours pour excès de pouvoir présentés par des parlementaires qui entendent, par ce biais, contester des actes administratifs susceptibles de méconnaître les prérogatives du Parlement.

Parallèlement, le Conseil constitutionnel a, de son côté, rendu de nombreuses décisions par lesquelles il contrôle *a priori* la constitutionnalité de lois qui touchent aux différents aspects du droit administratif. Pour mesurer l'apport de ces textes à ce dernier, il conviendra de se reporter aux bilans annuels consacrés aux différentes composantes du droit administratif, dès lors qu'ils concernent tantôt les collectivités territoriales (notamment Cons. const. n° 2010-603 DC du 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseillers généraux et régionaux* et Cons. const. n°2010-618 DC du 9 novembre 2010, *Loi portant réforme des collectivités territoriales*), le droit public de l'économie (Cons. const. n°2010-601 DC du 4 février 2010, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales* et Cons. const. n°2010-605 DC du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*), les droits et libertés et les mesures de police qui en encadrent l'exercice (Cons. const. n°2010-604 DC, *Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public* et Cons. const. n°2010-613 DC du 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*), ou enfin le droit de la fonction publique (Cons. const. n°2010-617 DC du 9 novembre 2010, *Loi portant réforme des retraites*).

1. L'INSTAURATION DE LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE OU LA MISE EN ŒUVRE D'UNE NOUVELLE VOIE DE DROIT

Au cours de l'année écoulée, est entrée en vigueur la nouvelle procédure instituant, en France, un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité de la loi. L'article 61-1 de la Constitution, né de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République), 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* ». Mettant en œuvre cette disposition, la loi organique du 10 décembre 2009 a qualifié cette nouvelle procédure de « question prioritaire de constitutionnalité », dont l'acronyme QPC est aisément entré dans le vocabulaire juridique français ; elle a déterminé les conditions de recevabilité et de transmission au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité soulevées par les justiciables ; et, enfin, elle a fixé au 1er mars 2010 l'entrée en vigueur de la nouvelle voie de droit. Cette loi organique modifie ainsi l'ordonnance du 7 novembre 1958 relative au Conseil constitutionnel (loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, JORF, 11 décembre 2009, p. 21379).

Aux termes de ce texte, la QPC est un « *moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution* ». Ce moyen, qui peut être soulevé pour la première fois en appel ou en cassation, ne peut être relevé d'office par le juge et doit être présenté dans un mémoire écrit distinct et motivé.

La juridiction qui en est saisie transmet la QPC à la juridiction suprême dont elle dépend si trois conditions sont remplies : « *1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.* »

Les juridictions suprêmes, saisies directement ou par le juge a quo d'une QPC, renvoient ladite QPC au Conseil constitutionnel si sont effectivement remplies les deux premières conditions sus-indiquées et si elles jugent que « *la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux* ».

Lorsqu'elle transmet une QPC, la juridiction doit en principe surseoir « *à statuer jusqu'à réception de la décision du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation ou, s'il a été saisi, du Conseil constitutionnel* », mais la loi organique pose toutefois quelques exceptions au principe du sursis (procédure d'urgence, instance dans laquelle l'un des requérants est privé de liberté, conséquences irrémédiables ou manifestement excessives pour les droits d'une partie).

La loi organique confère en outre un caractère prioritaire aux questions de constitutionnalité : « *En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation* » ou, pour ces derniers, au Conseil constitutionnel.

Les premiers mois d'application de la nouvelle procédure ont donc permis d'en préciser tout à la fois les particularités et les contours s'agissant des normes invocables à l'appui d'une QPC, des normes objets d'une telle question, des conditions de son admission et de son caractère prioritaire.

1.1 Les normes constitutionnelles invocables au soutien d'une QPC

Quant aux normes constitutionnelles invocables à l'appui d'une QPC, le juge administratif comme le Conseil constitutionnel optent pour une interprétation extensive de la notion de « *droits et libertés que la Constitution garantit* » auxquels l'article 61-1 cantonne le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois.

Les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas exclus des normes de référence de la QPC sans être pour autant, en tant que tels, des droits et libertés au sens de l'article 61-1. C'est à propos de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi que le Conseil constitutionnel a d'abord pris position : dans sa décision 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, il affirme « *que, si l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, impose au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, sa méconnaissance ne peut, en elle-même, être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution* » (M. Alain C et autres, cons 9). Ensuite, il s'est appuyé sur des objectifs de valeur constitutionnelle pour apprécier l'atteinte au principe constitutionnel d'égalité : c'est à l'aune de l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale que le Conseil vérifie qu'une différence de traitement instituée par la loi est justifiée et ne crée pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques (Cons. const. n°2010-16 QPC du 23 juillet 2010, M. Philippe E., cons. 6 et Cons. const. n°2010-70 QPC du 26 novembre 2010, M. Pierre-Yves M., cons. 4). Dans sa décision 2010-55 QPC du 18 octobre 2010, il a enfin jugé « *qu'eu égard aux objectifs qu'il s'est assignés, le législateur a adopté des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement déséquilibrée entre le principe de la liberté d'entreprendre et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* », pour conclure que « *les dispositions contestées ne portent pas atteinte au principe de la liberté d'entreprendre* » (M. Rachid M. et autres, cons. 6). Cette jurisprudence semble faire des objectifs de valeur constitutionnelle des instruments de mesure de la méconnaissance des droits et libertés que la Constitution garantit. Mais la reconnaissance de la violation de tels objectifs dans une décision QPC semble devoir rester exceptionnelle (en ce sens, A. Lallet et X. Domino, Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA, 2011, p. 375), dès lors qu'ils ne constituent pas en eux-mêmes un droit ou une liberté.

Dans le même ordre d'idées, alors que l'étendue de la compétence législative a volontairement été exclue du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois par l'article 61-1, ce que l'on appelle l'incompétence négative du législateur, qui se caractérise par le fait que celui-ci n'exerce pas pleinement sa compétence et renvoie au pouvoir

réglementaire le soin de déterminer des règles qui relèvent, en vertu de la Constitution, de la seule compétence du législateur, est susceptible d'être invoquée à l'appui d'une QPC et sanctionnée par le Conseil constitutionnel lorsque cette incompétence négative est de nature à porter atteinte à un droit ou une liberté constitutionnellement garanti (Cons. const. n°2010-5 QPC, 18 juin 2010 *SNC Kimberly Clark* ; n°2010-33 QPC du 22 septembre 2010, Société Esso SAF et n°2010-45 QPC, 6 octobre 2010, *M. Mathieu P.*). Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat ont toutefois précisé que la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être soulevée au moyen d'une QPC à l'encontre d'une disposition législative antérieure à l'entrée en vigueur de la règle constitutionnelle fixant la répartition des compétences normatives (Cons. const. n°2010-28 QPC, 17 septembre 2010 et CE, 3 novembre 2010, *Mme Le Fur*, n°342502) : on retrouve à cet égard la logique d'une jurisprudence ancienne du Conseil d'Etat en vertu de laquelle l'entrée en vigueur d'une disposition constitutionnelle nouvelle modifiant la répartition des compétences normatives est sans influence sur la légalité des mesures compétemment prises antérieurement (CE, Ass., 26 novembre 1976, *Soldani*, Leb. p. 508), car la compétence de l'auteur d'un acte s'apprécie à la date à laquelle il a été pris. Quant à l'incompétence positive par laquelle le législateur empièterait sur la compétence du pouvoir réglementaire, elle n'est pas, conformément à la jurisprudence traditionnelle du Conseil constitutionnel (Cons. Const. n°82-143 DC, 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*), un motif d'inconstitutionnalité et ne peut à ce titre être invoquée à l'appui d'une QPC (CE, 15 juillet 2010, Région Lorraine, n°340492).

Cette interprétation extensive du champ de la QPC se retrouve également dans les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat qui incluent expressément les principes constitutionnels régissant les collectivités territoriales aux droits et libertés que la Constitution garantit. Ainsi le principe de libre administration des collectivités territoriales énoncé à l'article 72 de la Constitution française est invocable à l'appui d'une QPC (Cons. const., n°2010-12 QPC, 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*), de même que le principe d'autonomie financière et celui de compensation financière des transferts et création ou extension de compétences des collectivités territoriales qui résultent de l'article 72-2 de la Constitution (Cons. const. 2010-29/37 QPC, 22 septembre 2010, *Commune de Besançon et autres*). Aussi ces principes sont-ils porteurs de droits constitutionnels au profit des

collectivités territoriales qui, grâce à la QPC, disposent d'un procédé nouveau pour en imposer le respect et défendre ainsi leur autonomie face aux éventuels empiètements résultant de la loi. Pourtant, tous les principes constitutionnels relatifs aux collectivités territoriales ne sont pas constitutifs de droits au sens de l'article 61-1, puisque le Conseil d'Etat en a exclu, d'une part, le principe de décentralisation en considérant que « *le principe, énoncé à l'article 1er de la Constitution, selon lequel l'organisation de la République est décentralisée n'est pas au nombre (...) des droits et libertés garantis par la Constitution* » (CE, 15 septembre 2010, *Thalineau*, n° 330734), et, d'autre part, le principe de péréquation financière énoncé au dernier alinéa de l'article 72-2 de la Constitution selon lequel « *la loi prévoit des dispositifs de péréquation destinés à favoriser l'égalité entre les collectivités territoriales* » (CE, 23 décembre 2010, *Commune de Lisses*, n° 343993).

Remarquable est également l'invocabilité du principe de séparation des pouvoirs au soutien d'une QPC qui semble résulter tant de la jurisprudence du Conseil d'Etat que du Conseil constitutionnel. Cette invocabilité apparaît dans des décisions par lesquelles les juges administratif et constitutionnel statuent sur la contestation, au moyen d'une QPC, de validations législatives ; il s'agit alors de garantir l'indépendance et l'impartialité des juridictions et de préserver le droit à un procès équitable. Ainsi le Conseil d'Etat juge sérieux les moyens tirés de la violation du principe de la séparation des pouvoirs et transmet en conséquence de telles QPC (CE, 14 avril 2010, *Mme Lazare*, n°329290, RFDA, 2010, p. 696, concl. C. de Salins ; CE, 9 juin 2010, *M. et Mme Pipolo*, n°338028 ; CE, 25 juin 2010, *Commune de Besançon*, n°326358). Quant au Conseil constitutionnel, il statue sur la question de la méconnaissance du principe de séparation des pouvoirs : dans sa décision n°2010-29/37 QPC du 22 septembre 2010, *Commune de Besançon*, il juge que les dispositions législatives contestées « *ne méconnaissent ni la garantie des droits ni la séparation des pouvoirs énoncés à l'article 16 de la Déclaration de 1789* » ; il semble dès lors faire, des deux composantes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, des moyens autonomes, tous deux invocables à l'appui d'une QPC.

1.2 Les normes objets de QPC

S'agissant des normes objets de questions de constitutionnalité, l'article 61-1 de la Constitution limite la QPC à la contestation de dispositions législatives. En sont exclus les dispositions réglementaires (CE, 2 juin 2010, *Ponsart*, n°338965), les conventions internationales (CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, n°312305, RFDA, 2010, p. 710, concl. J. Burguburu) et les actes de droit dérivé de l'Union européenne.

Le Conseil d'Etat a en outre précisé qu'une QPC ne peut porter sur la loi autorisant la ratification d'une convention internationale, car la loi, « *qui n'a d'autre objet que de permettre une telle ratification, n'est pas applicable au litige au sens et pour l'application des dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 et est, par sa nature même, insusceptible de porter atteinte à des droits et libertés au sens des dispositions de l'article 61-1 de la Constitution* » (arrêt *Rujovic* précité).

Si les actes du droit de l'Union européenne doivent subir le même sort que les conventions internationales, les mesures législatives prises pour la transposition des directives communautaires sont, en principe susceptibles de faire l'objet d'une QPC. A leur égard, le Conseil constitutionnel a repris, dans une décision QPC, sa jurisprudence élaborée à l'occasion du contrôle a priori des dispositions législatives de transposition. Il juge en effet, dans la décision n°2010-79 DC du 17 décembre 2010, « *qu'en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive de l'Union européenne* » ; et il s'en explique en précisant que, « *en ce cas, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne* ». En conséquence, il faut s'attendre à ce que les juridictions suprêmes des deux ordres de juridiction qui assurent le filtrage des QPC ne transmettent plus au Conseil constitutionnel les lois de transposition des directives, à moins qu'apparaisse

sérieux ou nouveau le moyen tiré de la méconnaissance par l'une des dispositions de la loi d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

Le Conseil constitutionnel a par ailleurs précisé que la notion de disposition législative susceptible de faire l'objet d'une QPC couvre l'interprétation constante conférée à cette disposition par les juridictions administratives et judiciaires (Cons. const. n°2010-39 QPC, 6 octobre 2010, Mmes Isabelle D. et Isabelle B. et n°2010-52 QPC, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*), de sorte que le justiciable puisse contester la constitutionnalité de la portée effective des dispositions législatives applicables au litige. Elle couvre également des dispositions qui ont fait l'objet d'une modification voire d'une abrogation, comme en témoigne la décision n°2010-16 QPC du 23 juillet 2010 : « *la modification ou l'abrogation ultérieure de la disposition contestée ne fait pas disparaître l'atteinte éventuelle à ces droits et libertés* » ; « *elle n'ôte pas son effet utile à la procédure voulue par le constituant* » et « *par suite, elle ne saurait faire obstacle, par elle-même, à la transmission de la question au Conseil constitutionnel au motif de l'absence de caractère sérieux de cette dernière* » (décision précitée).

1.3 Les conditions d'admission des QPC

En ce qui concerne les conditions d'admission des QPC, il faut indiquer d'abord que la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution réserve aux parties la possibilité de soulever la question de constitutionnalité – excluant ainsi que le juge ne soulève d'office le moyen – en leur permettant de le faire à tout moment de l'instance et devant toute juridiction placée sous l'autorité de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat. Par ailleurs, la loi organique impose, à peine d'irrecevabilité, que le moyen soit soulevé dans un mémoire écrit, distinct et motivé. Cette exigence, qui n'est pas seulement une exigence formelle puisque le Conseil d'Etat rejette comme non sérieuses les QPC dont la motivation est insuffisante (CE, 9 juillet 2010, *SA Genefim*, n°317086 et, même date, *SARL Veneur*, n°340142), a des conséquences contentieuses importantes dès lors que le Conseil d'Etat considère que « *le requérant ne peut présenter pour la première fois au Conseil d'Etat des griefs d'inconstitutionnalité à l'encontre de la disposition de la loi litigieuse autres que ceux*

soumis » au juge a quo (CE, 16 juillet 21010, *Société de brasserie et casinos « les flots bleus »*, n°339292). Autrement dit, les moyens d'inconstitutionnalité non soumis à la juridiction de transmission ne peuvent être invoqués pour la première fois devant la juridiction suprême statuant sur le renvoi de la question au Conseil constitutionnel : la QPC transmise se trouve cristallisée.

La loi organique pose ensuite trois conditions à l'admissibilité d'une QPC devant les juridictions suprêmes : que la disposition législative contestée soit applicable au litige, qu'elle n'ait pas déjà été « déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances » et, enfin, que la question, pour les juridictions inférieures, ne soit pas dépourvue de caractère sérieux et, pour les juridictions suprêmes, qu'elle soit nouvelle ou qu'elle présente un caractère sérieux. Statuant sur la constitutionnalité de la loi organique, le Conseil constitutionnel a précisé, en amont, les critères de transmission à son endroit des QPC soulevées devant les juridictions de droit commun (Cons. const. n°2009-595 DC, 3 décembre 2009).

- La première condition ne semblait pas poser de difficulté particulière et le Conseil constitutionnel a, dès sa première décision QPC, indiqué qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause la décision par laquelle le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation a jugé qu'une disposition était ou non applicable au litige (Cons. const. n°2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts L.*). Pourtant, la notion peut soulever quelques interrogations. En témoigne l'invocation du principe constitutionnel d'égalité à l'encontre d'une disposition législative en ce qu'elle n'est pas applicable à la situation du requérant : le Conseil d'Etat a jugé que dans une telle hypothèse, la disposition législative doit être considérée comme étant applicable au litige (CE, 14 avril 2010, *Labane*, n°336753). Dans son arrêt *Blain* du 15 juillet 2010, le Conseil d'Etat a indiqué les critères de l'applicabilité au litige : il juge en effet que la disposition législative qui fait l'objet de la QPC ne peut être considérée comme étant applicable au litige dès lors que, en l'espèce, elle n'est ni appliquée par l'administration, ni « l'objet, à quelque stade que ce soit, d'une demande de la part [du requérant] tendant à [en] obtenir le bénéfice », ni invoquée « par les parties à l'appui des moyens qu'elles ont soulevés devant les juges du fond » ou devant le juge de cassation

(n°327512). A cette exigence s'ajoute celle d'un rapport direct entre la disposition législative et la demande du justiciable, ce qui implique que la disposition législative applicable au litige est celle qui était en vigueur à la date de la décision qui fait l'objet du recours principal, et ce même si elle a été abrogée depuis (CE, 10 novembre 2010, *Fédération nationale CGT des personnels des organismes sociaux*, n°340106).

- La deuxième condition oblige les juridictions à ne pas transmettre les QPC portant sur des lois qui ont déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Cette condition fait l'objet d'une interprétation large dès lors que le Conseil d'Etat écarte les moyens d'inconstitutionnalité qui portent sur des dispositions législatives qui ont déjà été jugées conformes à la Constitution, même lorsque la déclaration de constitutionnalité avait été fondée sur un autre motif que celui invoqué par les requérants dans leur QPC (CE, 19 mai 2010, *Commune de Buc*, n°330310). Subissent le même sort, les différentes dispositions composant un article de loi qui a été globalement jugé conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (CE, 17 décembre 2010, *AFFOP et SNP PSY*, n°341829). Toutefois, la loi organique mettant en œuvre la QPC prévoit une possibilité de contester la constitutionnalité des dispositions législatives déjà jugées conformes à la Constitution : c'est l'hypothèse dans laquelle il s'est produit un « changement des circonstances » après cette déclaration de constitutionnalité. Ce changement correspond soit à un changement dans les circonstances de droit, soit à un changement dans les circonstances de fait qui, dans les deux cas, seraient de nature à affecter la portée de la disposition législative concernée. Il peut s'agir bien sûr d'une révision constitutionnelle, mais aussi de toutes évolutions du contexte juridique ou factuel ayant un impact sur les conditions d'application de la disposition législative qui fait l'objet de la QPC (par exemple, Cons. const. n°14/22 QPC du 30 juillet 2010, *Daniel W. et autres*).

- Quant à la troisième condition de transmission d'une QPC, elle tient à ce que le moyen de constitutionnalité présente soit un caractère nouveau, soit un caractère sérieux. La notion de question nouvelle ne doit pas être confondue avec celle selon laquelle la disposition législative n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel. Une question est nouvelle lorsqu'elle concerne une disposition constitutionnelle qui n'a pas déjà fait l'objet d'une application par le Conseil

constitutionnel, c'est-à-dire lorsque celui-ci n'en a pas encore déterminé le sens (cf. Cons. const. n°2009-595 DC précitée) et à condition que ladite disposition constitutionnelle soit en rapport avec le litige (CE, 8 octobre 2010, *Daoudi*, n°338505). Si cette double exigence est satisfaite, les juridictions suprêmes sont tenues de renvoyer au Conseil constitutionnel les QPC qui, par ailleurs, remplissent les deux premières conditions de renvoi sus-évoquées.

Le moyen est également considéré comme étant nouveau par le Conseil d'Etat, lorsqu'il pose une question de principe (CE, 17 novembre 2010, *Le Normand de Bretteville*, n°343752) ou que la saisine du Conseil constitutionnel présente un intérêt manifeste soit parce que la question se pose ou est susceptible de se poser dans de nombreux litiges (CE, 23 avril 2010, *Cachard*, n°327174), soit parce que la question porte sur un « sujet de société » (en ce sens, A. Lallet et X. Domino, *Chronique générale de jurisprudence française*, AJDA, 2011, p. 385). Des considérations d'opportunité guident donc le Conseil d'Etat lorsqu'il apprécie la nouveauté d'une question de constitutionnalité.

L'appréciation du caractère sérieux, quant à elle, implique nécessairement une forme de contrôle sommaire de constitutionnalité. Sommaire, l'examen de la constitutionnalité n'en est pas moins une appréciation au fond de l'atteinte invoquée à un droit ou une liberté constitutionnellement garanti. Pour ne pas trop empiéter sur la compétence du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat a pour politique de faire preuve de parcimonie lorsqu'il considère sérieux le moyen, tandis qu'à l'inverse, il motive dans le détail les raisons pour lesquelles il estime qu'une question n'est pas sérieuse (en ce sens, P. Bon, *Premières questions, premières précisions*, RFDA, 2010, p. 679, spéc. p. 691) : c'est à l'aune de cette motivation que le Conseil d'État se révèle être un véritable juge de la constitutionnalité de la loi, assumant, de manière de plus en plus décomplexée, son nouveau rôle de juge du caractère fondé des moyens d'inconstitutionnalité. Ainsi opère-t-il un contrôle de la proportionnalité des mesures législatives au regard des objectifs que poursuit le législateur (CE, 13 juillet 2010, *Merlin*, 340302 ; CE, 8 octobre 2010, *Groupement de fait brigade de Nice*, 340849), comme il contrôle la proportionnalité des mesures prises par les autorités administratives.

1.4 Le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité

Pour garantir le succès de la QPC, qui ne pouvait qu'être concurrencée par le contrôle de la compatibilité des lois avec le droit international et européen qu'opèrent elles-mêmes les juridictions ordinaires, le législateur organique, en mettant en œuvre cette nouvelle procédure a choisi de lui conférer un caractère prioritaire et d'obliger les juridictions qui interviennent dans la procédure à statuer avec célérité.

- Le caractère prioritaire de la QPC est sans doute l'une des caractéristiques les plus originales de cette procédure et celle qui lui a donné son appellation. La question de constitutionnalité est prioritaire dans la mesure où, lorsque le justiciable soulève concomitamment à la QPC une question de « conventionnalité » de la loi, le juge saisi est tenu de statuer en priorité sur la question de constitutionnalité. Selon la loi organique du 10 décembre 2009 en effet : « *en tout état de cause* », la juridiction – juridiction inférieure ou juridiction suprême – doit, lorsqu'elle est saisie « *de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité* » sur la transmission aux juridictions supérieures, ou sur le renvoi au Conseil constitutionnel, de la question de constitutionnalité. La juridiction saisie ne statuera sur la conventionnalité que dans un second temps : soit, par la même décision, après avoir refusé de transmettre la QPC, soit, en cas de transmission, par une nouvelle décision, après avoir reçu la décision par laquelle le Conseil constitutionnel aura statué sur la question de constitutionnalité.

Cette exigence de priorité pose des difficultés au regard du principe de primauté du droit de l'Union européenne, en particulier au regard du principe d'équivalence qui, limitant l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres, exige que les juridictions nationales puissent appliquer les règles de procédure nationales lorsqu'est portée devant elles une question de droit communautaire et implique que « *tout type d'action prévue par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer l'application du droit national* » (CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. 158/80). C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation a interrogé la

Cour de justice de l'Union européenne sur le point de savoir si le caractère prioritaire de la QPC prévu par la loi organique du 10 décembre 2009 est compatible avec les exigences du droit de l'Union européenne (Cass., 16 avril 2010, *Melki et Abdeli*, n°10-40.001 et n°10-40.002 (QPC), RFDA, 2010, p. 445). La Cour de justice de l'Union européenne y a répondu dans son arrêt *Melki* (CJUE, gr. ch., 22 juin 2010, aff. jointes C-188/10 et C-189/10) selon lequel le caractère prioritaire de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas contraire au droit communautaire, à condition que les juridictions nationales restent libres, à tout moment de la procédure, de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union, d'adopter toutes les mesures nécessaires afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union. Ainsi, est garanti, en toute hypothèse, le respect de la primauté du droit de l'Union européenne.

Avant même que la Cour de justice de l'Union ne rende l'arrêt *Melki*, le Conseil constitutionnel avait œuvré pour que le caractère prioritaire de la QPC ne soit pas contraire au droit de l'Union : dans sa décision n°2010-605 DC du 12 mai 2010, il avait précisé, au moyen d'un *obiter dictum*, que « le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité, (...) peut (...) suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir » ; il en déduit « que l'article 61-1 de la Constitution pas plus que les articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 (...) ne font obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige » ; enfin il ajoute « que l'article 61-1 de la Constitution et les articles 23-1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ne privent pas davantage les juridictions administratives et judiciaires, y compris lorsqu'elles transmettent une question prioritaire de constitutionnalité, de la faculté ou, lorsque leurs décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, de l'obligation de saisir la Cour de justice de

l'Union européenne d'une question préjudicielle en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

Poursuivant le même objectif, le Conseil d'Etat avait, dans son arrêt Rujovic, indiqué que les dispositions de la loi organique relative à la QPC «*ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union* » ; puis il avait ajouté que «*d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne* » (CE, 14 mai 2010, n°312305). C'est ainsi que la priorité constitutionnelle a fait place à la simultanéité des questions préjudicielles.

Au-delà de la priorité conférée au contrôle de constitutionnalité, l'analogie des droits et libertés consacrés en droit constitutionnel et en droit européen conduit le Conseil d'Etat à tenir compte de la conventionnalité de la disposition législative contestée lorsqu'il examine le caractère sérieux des QPC portées devant lui. Aussi aura-t-il naturellement tendance à juger non sérieuses des QPC portant sur des dispositions législatives dont il aura préalablement reconnu la compatibilité avec les droits et libertés garantis par le droit européen, parfois au prix d'une interprétation conforme de la loi (CE, 16 avril 2010, *Association Alcaly et autres*, n°320667 et CE, 16 juillet 2010, *SCI La Saulaie*, n°334665 qui se réfère expressément à l'arrêt dans lequel le Conseil d'Etat avait procédé à l'interprétation conforme de la disposition législative concernée : CE, Sect., 3 juillet 1998, *Bitouzet*, Leb. p. 288, concl. Abraham). A l'inverse, le Conseil d'Etat ne pourra que juger sérieuses des QPC portant sur des dispositions législatives dont il aura au préalable constaté qu'elles méconnaissent la Convention européenne des droits de l'homme (CE, 24 novembre 2010, *Comité des Harkis et Vérité*, n°342957, à comparer avec CE, 6 avril 2007, n°282390).

- Gage du succès de la QPC, la rapidité de la procédure est garantie par des délais imposés aux différentes juridictions qui interviennent dans la procédure. Aux termes de la loi organique relative à la QPC, les juridictions inférieures sont tenues de statuer « sans délai » sur le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la loi et elles disposent ensuite d'un délai de huit jours pour adresser à la juridiction suprême dont elles dépendent leur décision de transmettre la QPC, si les conditions de cette transmission sont remplies, en motivant cette décision. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation disposent quant à eux d'un délai de trois mois, à compter de la présentation du moyen, pour rendre une décision motivée au regard des conditions de renvoi de la question de constitutionnalité, sous peine de voir la QPC transmise automatiquement au Conseil constitutionnel.

Malgré le caractère prioritaire de la QPC et la célérité de la procédure, le renvoi d'une QPC au Conseil constitutionnel reste conditionné par le respect des règles de recevabilité du recours principal, dès lors que la QPC n'est qu'un moyen soulevé à l'occasion d'une instance en cours. Ainsi, s'agissant des procédures juridictionnelles d'urgence, le Conseil d'Etat a précisé que le juge des référés peut, « *en toute hypothèse, y compris lorsqu'une question prioritaire de constitutionnalité est soulevée devant lui* », rejeter la requête pour défaut d'urgence (CE, ord., 16 juin 2010, *Diakité*, n°340250).

Au cours des premiers mois de son application, la QPC a remporté un franc succès : les justiciables se sont emparés de cette nouvelle voie de droit et, au 31 décembre 2010, le Conseil constitutionnel avait déjà rendu 64 décisions QPC. Si la Cour de cassation a montré quelques réticences à l'égard de la procédure, le Conseil d'Etat a, quant à lui, joué le jeu en transmettant assez largement les premières QPC dont il était saisi. L'avenir dira ce que sera l'effet de la QPC sur les rapports entre les juridictions suprêmes et le Conseil constitutionnel ; mais nul doute que des évolutions auront lieu.

2. LES REGLES CONSTITUTIONNELLES ET LA COMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF RELATIVE AUX ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX.

Dans le courant de l'année 2010, le Conseil d'Etat est venu préciser la portée des dispositions constitutionnelles relatives à la place des engagements internationaux dans l'ordre interne. A l'interface des rapports entre le droit administratif, le droit constitutionnel et le droit international, cette jurisprudence apporte des solutions attendues, mais intéressantes, relatives à l'application des articles 53 et 55 de la Constitution par le juge administratif.

Aux termes du premier article, « *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi* ». En vertu du second, « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ».

Sur le fondement de ces dispositions qui déterminent tant la procédure de ratification que l'autorité dans l'ordre juridique interne des engagements internationaux, le Conseil d'Etat a précisé, par deux arrêts du 9 juillet 2010, l'étendue de sa compétence à l'égard des traités et accords internationaux.

2.1 La réserve de réciprocité de l'article 55 de la Constitution

Dans son arrêt d'Assemblée *Mme Souad Chériet-Benseghir* (n°317747 ; AJDA, 2010, p. 1635, chr. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; DA, 2010, n°10, comm. M. Gautier), le Conseil d'Etat a, aux termes d'un considérant particulièrement explicite, mis fin à la jurisprudence issue de l'arrêt *Rekhou* (CE, Ass. 29 mai 1981, Leb. p. 220) selon lequel il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier si et dans quelle mesure les conditions

d'exécution d'un engagement international par l'autre Etat partie sont de nature à priver les stipulations de cet engagement de l'autorité que lui confère l'article 55 de la Constitution. Parce qu'il s'estimait incompétent pour porter une appréciation sur la condition de réciprocité que pose ce dernier article, le juge administratif s'en remettait à l'appréciation du ministre des Affaires étrangères, lequel pouvait être éventuellement saisi par voie préjudicielle de cette question. En application de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat avait rendu le 9 avril 1999 un arrêt *Mme Chevrol-Benkeddach* qui avait valu à la France d'être condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du droit au procès équitable de l'article 6§1 de la Convention du même nom (CEDAH, 13 février 2003, *Chevrol c. France*, n°49639-99, AJDA, 2003, p. 1984, note T. Rambaud ; D. 2003, Jur. 931, note H. Moutouh ; RFDH, 2003, 1387, obs. V. Michel) : selon la Cour de Strasbourg, l'article 6§1 s'oppose à ce que le juge national s'estime lié par l'avis du ministre des Affaires étrangères car le juge national doit exercer la plénitude de sa compétence en se laissant la possibilité de prendre en considération, dans l'appréciation de la condition de réciprocité, des éléments de fait ou de droit pertinents présentés par les parties au litige. Autrement dit, l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme exige que le juge administratif français soumette au débat contradictoire la question de l'application réciproque des engagements internationaux.

En se conformant aux exigences du droit européen, le Conseil d'Etat considère, dans son arrêt d'Assemblée du 9 juillet 2010, *Mme Souad Chériet-Benseghir*, qu'il revient au juge administratif, « *dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des Affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie* ». Si de nombreux engagements internationaux échappent par principe à la condition de réciprocité de l'article 55 de la Constitution, et particulièrement ceux qui, à l'instar du droit de l'Union européenne et du droit européen des droits de l'homme, établissent eux-mêmes des procédures de sanction des Etats parties en cas d'inexécution de leurs obligations conventionnelles, tel n'était pas le cas de l'accord bilatéral conclu entre la France et l'Algérie qui était en cause tant dans l'affaire *Chevrol-*

Benkeddach que dans l'affaire Souad Chériet-Benseghir. Aussi le Conseil d'Etat prend-t-il en considération, dans son arrêt du 9 juillet 2010, les arguments avancés par les parties en présence pour juger qu'il « *ne ressort ni des pièces du dossier, ni de l'audience d'instruction* » que « *des grades et diplômes d'enseignement de médecine délivrés en France dans les mêmes conditions de programme, de scolarité et d'examen qu'en Algérie n'y auraient pas été regardés comme valables de plein droit* ». Il faut déduire de cette affirmation qu'il existe une présomption de réciprocité dans l'application des engagements internationaux, que le juge peut renverser en tenant compte des éléments de fait et de droit mis en lumière par l'instruction au cours de laquelle il pourra, comme hier, interroger le ministre des Affaires étrangères, mais sans être lié par l'avis de celui-ci.

2.2 Les conditions constitutionnelles de l'application des engagements internationaux

Dans un second arrêt rendu le 9 juillet 2010, *Fédération nationale de la libre pensée* (CE, Sect, 9 juillet 2010, n°327663, AJDA, 2010, p. 1635, chr. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; RFDA, 2010, p. 980 concl. R. Keller et p. 995, note T. Rambaud et A. Roblot-Troizier), le Conseil d'Etat précise l'étendue du contrôle qu'il porte sur la procédure de ratification des engagements internationaux et procède à une interprétation neutralisante des stipulations conventionnelles.

Reprenant sa jurisprudence issue de l'arrêt d'assemblée SARL du parc d'activité du Blotzheim du 18 décembre 1998 (Leb. p. 483, concl. G. Bachelier ; AJDA, 1999, p. 127, chr. F. Raynaud et P. Fombeur ; LPA, 23 mai 2000, n°102, p. 6, note G. Béquain ; RFDA, 1999, p. 315, concl. G. Bachelier), le Conseil d'Etat rappelle qu'il résulte de la combinaison des articles 53 et 55 de la Constitution qu'il appartient au juge administratif de vérifier que la publication d'un traité ou d'un accord international a été précédée d'une loi en autorisant la ratification ou l'approbation si celui-ci entre dans la liste des engagements internationaux fixée à l'article 53 de la Constitution. Dans la mesure où cet article dispose que ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi les traités et accords qui « *modifient des dispositions de nature législative* », il appartenait au Conseil d'Etat de préciser ce que couvre cette notion. Dans son arrêt *Fédération nationale de la libre pensée*, il indique que constitue un traité ou

accord modifiant des dispositions de nature législative, au sens de l'article 53 de la Constitution, « *un engagement international dont les stipulations touchent à des matières réservées à la loi par la Constitution ou énoncent des règles qui diffèrent de celles posées par des dispositions de forme législative* ». L'exigence d'une ratification sur autorisation législative pour de telles stipulations oblige le juge administratif, contrôlant la régularité de la procédure de ratification, à confronter les termes desdites stipulations avec les dispositions législatives en vigueur.

C'est ce à quoi procède le Conseil d'Etat en l'espèce, en mettant en parallèle les dispositions du Code de l'éducation et les stipulations de l'accord conclu le 18 décembre 2008 entre la République française et le Saint-Siège sur la reconnaissance des grades et diplômes dans l'enseignement supérieur. Pour apprécier la régularité de la procédure de ratification, le Conseil d'Etat détermine si les stipulations de l'Accord méconnaissent ou dérogent aux dispositions législatives du Code, et ce malgré la supériorité des conventions internationales sur les lois définie à l'article 55 de la Constitution, laquelle reste conditionnée par la régularité de l'entrée en vigueur des engagements internationaux dans l'ordre interne. En revanche, si les stipulations conventionnelles méconnaissent des dispositions constitutionnelles, le Conseil d'Etat s'estime incompétent pour en faire le constat dès lors que, comme il le rappelle en l'espèce, il n'appartient pas au juge administratif, statuant au contentieux, de se prononcer sur la conformité du traité ou de l'accord à la Constitution (précédemment, CE, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, Leb. p. 260 et CE, 28 avril 2004, *Commune de Chamonix Mont-Blanc*, Leb. tables p. 546).

Pour déterminer si l'accord modifie des dispositions de nature législative au sens de l'article 53 de la Constitution, le Conseil d'Etat est conduit à interpréter le sens des stipulations conventionnelles. A ce titre, il considère que celles-ci n'ont ni pour objet, ni pour effet d'instaurer un régime de reconnaissance automatique des diplômes, dès lors que, selon le Conseil d'Etat, « *la reconnaissance d'un diplôme ecclésiastique est (...) de la compétence des autorités de l'établissement dans lequel souhaite s'inscrire son titulaire* ». Il procède ainsi à une interprétation neutralisante des termes de l'accord afin de maintenir, au profit des établissements publics d'enseignement supérieur, une compétence discrétionnaire dans l'appréciation du niveau d'études dont se prévalent les titulaires de «

diplômes ecclésiastiques » obtenus dans les établissements privés d'enseignement supérieur : « *pour décider de reconnaître le diplôme du candidat* », les autorités de l'établissement d'accueil « *doivent tenir compte, d'une part, de l'équivalence de niveau édictée par le protocole, et, d'autre part, de l'aptitude du candidat à suivre des enseignements dans le grade et la formation postulés, appréciée en particulier au regard du contenu des études suivies* ». Dans ces conditions, affirme le Conseil d'Etat, les stipulations de l'accord « *n'autorisent pas des établissements d'enseignement supérieur privé à délivrer des diplômes nationaux et ne permettent pas aux bénéficiaires de titres délivrés par des établissements d'enseignement supérieur privés ayant reçu une habilitation par le Saint-Siège de se prévaloir, de ce seul fait, des droits attachés à la possession d'un diplôme national ou d'un grade universitaire* ». Dans le même esprit, l'arrêt précise qu'en aucune manière des établissements supérieurs privés implantés sur le territoire national ne peuvent porter le titre d'Université. Est ainsi préservé le principe du monopole de la collation des grades au profit de l'Etat, principe auquel pourtant le Conseil d'Etat ne confère pas une valeur constitutionnelle.

Ayant statué sur le fond, la haute juridiction administrative a éludé la question, qui par ailleurs se posait en l'espèce, de l'intérêt à agir des parlementaires à l'encontre d'un acte administratif contesté, devant le juge administratif, par le biais d'un recours pour excès de pouvoir.

3. LA QUESTION EN SUSPENS DE LA RECEVABILITE DES RECOURS DES PARLEMENTAIRES CONTRE LES ACTES REGLEMENTAIRES

Deux affaires jugées en 2010 ont donné au Conseil d'Etat l'occasion de trancher la question de savoir si les parlementaires, se prévalant de cette seule qualité, ont intérêt à agir par voie de recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs. Pourtant, il n'y a pas apporté de réponse claire, préférant contourner et éluder la question.

Dans l'arrêt *Mme Borvo* du 11 février 2010 (AJDA, 2010, p. 670, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; RJE, 2010, 675, p. 1, note D. Labetoulle ; RFDA, 2010, p. 629, chron. A. Roblot-Troizier et p. 776 concl. J.-P. Thiellay, note N. Sudres ; JCP G, 12 juillet 2010, chron. B. Plessix), le Conseil d'Etat s'est penché sur la question de la recevabilité du recours présenté par divers parlementaires, arguant de leur qualité, contre, d'une part, une lettre du ministre de la culture et de la communication adressée au président-directeur général de France Télévisions l'invitant à supprimer la publicité en soirée sur les chaînes télévisées du groupe et, d'autre part, la décision du conseil d'administration de France Télévisions procédant à cette suppression. L'argument des parlementaires-requérants étaient le suivant : à la date à laquelle la lettre ministérielle et la décision du conseil d'administration de France Télévisions ont été adoptées, l'Assemblée nationale discutait, en première lecture, du projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, qui allait devenir ensuite la loi n°2009-258 du 5 mars 2009 (JO n°56 du 7 mars 2009) dont l'article 28 prévoit la suppression progressive de la publicité sur les chaînes publiques. C'est en invoquant l'atteinte ainsi portée aux prérogatives du Parlement que les parlementaires entendaient faire reconnaître leur intérêt à agir. Pourtant, si le Conseil d'Etat admet la recevabilité du recours, c'est en se fondant, non sur la qualité de parlementaire des requérants, mais sur leur qualité d'usagers du service public de la télévision. Ainsi la haute juridiction a privilégié une autre qualité et a ainsi contourné la difficulté. Sur le fond, l'arrêt constate que le ministre « n'avait pas le pouvoir d'enjoindre à la société France Télévisions de prendre les mesures » concernées, ce qui signifie qu'en anticipant sur la loi en cours de discussion, le ministre est intervenu illégalement.

L'arrêt *Fédération nationale de la libre pensée* précité n'apporte pas plus de réponse à la question de l'intérêt à agir des parlementaires. Alors que le recours était intenté par des parlementaires contestant le fait que l'Accord international du 18 décembre 2008 avait été ratifié sans autorisation législative préalable, en méconnaissance selon eux de l'article 53 de la Constitution, le Conseil d'Etat examine l'affaire au fond « sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité des requêtes » précise-t-il. Renouant avec des solutions retenues dans de précédentes espèces (CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, Rec. p. 393, RFDA, 2004, p. 1118 et CE, Ass., 20 mai 1985, n° 64146, *Labbé et Gaudin*, Rec. p. 157, RFDA, 1985, p. 554 ; CE, Ass., 2 février 1987, *Joxe et Bollon*, n° 82436, RFDA 1987,

concl. p. 176), la haute juridiction administrative évite ainsi de prendre position, mais cet évitement n'est possible qu'à la condition que le recours soit rejeté au fond.

En l'absence de réponse claire, les parlementaires pourraient bien être tentés de s'octroyer eux-mêmes, dans une loi, un intérêt à agir par voie de recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires ; en témoigne la proposition de loi tendant à reconnaître une présomption d'intérêt à agir des membres de l'Assemblée nationale et du Sénat en matière de recours pour excès de pouvoir, proposition qui a été déposée au Sénat (PPL n°203 enregistrée à la présidence du sénat le 23 décembre 2010).