Nicole Belloubet

Conseiller l'État

Accepter de rompre avec les usages, d'inverser les perspectives : les juristes dissèquent les arcanes du contentieux administratif, mais, à bien y réfléchir, le point nodal de la compréhension de notre droit ne se situe-t-il pas plus en amont, dans la fonction consultative exercée par le Conseil d'État ? À ce titre, le Conseil rend chaque année environ 1 400 avis. Polymorphe, cette fonction se caractérise par des consultations obligatoires prévues par les articles 37, 38 et 39 de la Constitution concernant les projets de décrets, de loi et d'ordonnances ; par des avis rendus dans le cadre de la procédure issue de l'article 88-4 relatif à la transmission au Parlement des propositions d'acte communautaire ; par des demandes d'avis portant sur la répartition des compétences entre les différentes collectivités publiques en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française ; par une forme d'autosaisine, les études et les propositions du rapport annuel caractérisant une autre valence de cette fonction. Pour le reste, les consultations sont laissées à la libre appréciation du gouvernement.

Depuis 1958, la mission consultative connaît un nouveau printemps. Faut-il attribuer ce renouveau[1] au développement du pouvoir réglementaire qui se conjugue avec le maintien de la compétence consultative ou à l'omniprésence gouvernementale dans l'initiative des lois qui justifie la constitutionnalisation nouvelle des avis du Conseil ? Aux deux, sans doute, mais plus encore au développement du contrôle de constitutionnalité qui a donné une nouvelle dimension aux avis sur les projets de loi. Le Conseil constitutionnel procède à la vérification de la consultation du Conseil d'État indirectement en censurant, par le contrôle classique du détournement de procédure, les amendements

1. Michel Bernard, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État sous la Vᵉ République », *EDCE*, nº 46, La Documentation française, 1994, p. 439.

qui dépassent par leur objet ou par leur portée les limites inhérentes à l'exercice de ce droit[2], directement en sanctionnant par un vice de procédure, une modification de la nature du texte qui aurait supposé une nouvelle consultation du Conseil d'État[3]. Mais la véritable nouveauté n'est-elle pas due à l'impensé de cette fonction consultative ? En mesurant mieux quelle est la fonction de cette mission, quelles en sont les arrêtes, les réponses à deux querelles juridiques se dessinent avec plus de netteté. Le Conseil d'État, coauteur des projets de texte réglementaire[4], est-il également celui des projets de loi ? La « fonction législative du Conseil d'État[5] », à l'aune des fonctions de la fonction consultative, s'exprime davantage par son influence dans le contexte, voire dans l'hypertexte de l'élaboration de la loi, plus que, notamment au vu de la décision de 2003, par l'affirmation de sa qualité de coauteur. Peut-on
34 évoquer l'antiparlementarisme du Conseil d'État ou du moins son adhésion forte aux thèses du parlementarisme rationalisé ? L'importance de la fonction législative du Conseil d'État serait inversement proportionnelle à celle du Parlement[6] et la Ve République, qui lui reconnaît un rôle constitutionnel dans la fabrication de la loi, rejoindrait la tradition bonapartiste[7]. Les finalités de la fonction consultative, telle qu'elle est aujourd'hui organisée, confirment cette visée : le Conseil contribue à valoriser l'autonomie et l'efficacité de l'exécutif, faisant valoir par ses avis et sa jurisprudence que le parlement n'épuise pas toute la légitimité du pouvoir étatique[8].

L'étude des avis du Conseil d'État[9] et la rencontre de différents

---

2. Décision 225 DC, 23 janvier 1987.

3. CC, 3 avril 2003, n° 2003-468 DC, « Loi relative à l'élection des conseillers régionaux », note Guillaume Drago, *AJDA*, 2003, p. 948, et Marie-Thérèse Viel, « Le refus d'ériger le Conseil d'État en coauteur des projets de loi », note sous CC, 3 avril 2003, *AJDA*, 2003, p. 1625 : le gouvernement avait substitué pour l'accès au second tour des élections régionales le seuil de 10 % du nombre des électeurs inscrits à celui de 10 % du total des suffrages exprimés présenté au Conseil d'État.

4. Rôle sanctionné dans sa propre jurisprudence par le vice de compétence, moyen d'ordre public.

5. Yves Gaudemet, « La constitution et la fonction législative du Conseil d'État », *in* Jean Foyer auteur et législateur, *Leges tulit, jura docuit. Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 61.

6. Guy Braibant, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, p. 92.

7. Yves Gaudemet, « La VIe République ? Quel Conseil d'État ? », *RDP*, n° 1-2, 2002, p. 376.

8. Norbert Foulquier, « Le Conseil d'État et l'antiparlementarisme », *Droits*, n° 44, *La Ve République : des institutions libérales ?*, PUF, 2007, p. 161.

9. Les avis cités ici sont publiés dans les *Études et Documents du Conseil d'État,* La Documentation française.

acteurs impliqués témoignent que ce qui est légitimement attendu, l'analyse du droit et de l'opportunité administrative, côtoie le sous-jacent : l'appui apporté au gouvernement dans différents arbitrages et l'aide dans la conduite de négociations. Autorité morale, l'institution est un acteur majeur du processus de décision gouvernementale. Mais, au-delà du bel ordonnancement combiné de neutralité politique et d'expertise juridique, l'expression consultative ne traduit-elle pas une volonté engagée, qui pourrait être emblématique d'une institution au service de l'État ?

Arbitrer

Arbitrer l'action, c'est d'abord arbitrer les questions. En vertu de l'article L. 112-2 du code de justice administrative, « le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Devant le risque d'inflation et de désordre lié à l'afflux des demandes d'avis au Conseil, il est apparu nécessaire d'en rationaliser la procédure : depuis une circulaire du 24 novembre 2003, les demandes d'avis des ministres doivent faire l'objet d'une transmission préalable au secrétariat général du gouvernement (SGG) qui peut s'y opposer.

Conformément à son rôle traditionnel, le Conseil d'État est saisi de questions juridiquement complexes. Il apprécie la pertinence des textes législatifs ou réglementaires face à l'évolution des jurisprudences du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État au contentieux et des Cours européennes. Cet examen préventif de légalité confère au texte une forte crédibilité et sécurité juridique. Dans la forme, le Conseil est conduit à réécrire certains projets dans une langue correcte, évitant les ambiguïtés, sources de contestations futures. Dans cet exercice, son rôle varie selon les ministères : moins étoffé auprès de ceux qui sont juridiquement solides, il sera plus proche de jeunes ministères encore incertains.

L'administration cherche ici à conjurer ses peurs en faisant valider son action pour prévenir un contentieux de légalité, indemnitaire ou pénal. Lorsqu'un ancien ministre de la Culture, Jean-Jacques Aillagon, souhaite prendre la direction d'une chaîne de télévision, TV5 Monde, face aux critiques du Syndicat national des journalistes, le gouvernement demande l'avis au Conseil d'État par crainte d'une plainte déposée au pénal. L'article 175 du code pénal interdit en effet à tout fonctionnaire public, pendant un délai de cinq ans après la cessation de ses

fonctions, de recevoir de sociétés directement soumises à son contrôle une participation par travail, conseils ou capitaux. Le Conseil observe, dans son avis du 22 mars 2005, que l'expression « fonctionnaire public » n'ayant pas dans le texte originel de la loi 1919 le sens le plus large, l'énumération des auteurs d'une telle infraction a dû être complétée par différents textes. Il en déduit qu'un ministre n'est pas un fonctionnaire public ni un agent ou préposé d'une administration publique au sens de l'article 432-13 du code pénal ; il ne peut donc relever de ce type d'infraction.

Il s'agit parfois d'anticiper un contentieux constitutionnel. Le respect des procédures et le choix d'une temporalité conditionnent la réussite d'un projet gouvernemental. Dans son avis du 23 mai 2006, le Conseil répond à deux sollicitations : le Conseil supérieur de l'audiovisuel peut-il abroger par décret une autorisation d'usage de la télévision par voie hertzienne au bénéfice du déploiement de la télévision numérique ou cela doit-il se faire par une loi ? À quelles conditions cette modification peut-elle être effectuée pour assurer le respect des droits des éditeurs de services et des téléspectateurs ? Le gouvernement cherche en fait une réponse à deux questions connexes : celle de la chronologie de sa réforme ; celle des risques financiers qu'il court en terme d'indemnisation. Sur le premier point, la réponse du Conseil dicte la temporalité de la réforme : puisqu'une loi est nécessaire, elle sera présentée au Parlement à l'été 2006, le projet relatif à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur étant adopté le 5 mars 2007. Les conditions d'indemnisation diffèrent selon les bénéficiaires des précédentes autorisations : les coûts des éventuels réaménagements de fréquence peuvent être mis à la charge des éditeurs de service ; en revanche, ils ne doivent pas priver les téléspectateurs de la continuité de la réception des programmes. Le texte de loi précise donc que si le passage au tout numérique pour la télévision doit être achevé en France au 30 novembre 2011, un fond d'aide spécifique est créé pour aider les téléspectateurs les plus modestes à acheter un nouvel équipement. Solliciter le Conseil avant le dépôt du projet de loi permet au gouvernement d'obtenir des réponses précises à des questions que le juge aurait évitées en cas d'avis formel sur le projet de loi. De telles considérations tactiques évitent l'inconstitutionnalité d'un texte.

Des questions sensibles conduisent le gouvernement à solliciter le Conseil pour obtenir indirectement un appui dans l'exercice même de ses fonctions d'arbitrage.

L'arbitrage au sein des pouvoirs publics

Certains projets, en raison de leurs conséquences polémiques, ne peuvent que bénéficier de l'assurance juridique du Conseil. La surpopulation carcérale impose la construction rapide d'établissements pénitentiaires. Mais l'État ne dispose pas des moyens financiers suffisants et décide de recourir à de nouveaux modes de passation des marchés publics, les partenariats public-privé (PPP) : le bénéficiaire se voit confier la conception, la construction et la gestion des bâtiments pendant une durée de vingt à trente ans. Titulaire d'une convention de bail accompagnée d'une autorisation d'occupation temporaire, le candidat retenu sera propriétaire de l'établissement que l'État louera pendant deux ou trois décennies. À l'issue de cette période, la puissance publique disposera d'une option d'achat pour acquérir les bâtiments construits. Les services inhérents au fonctionnement des prisons, restauration, entretien des locaux, nettoyage, seront pris en charge dans le contrat global. L'avantage est énoncé : permettre la construction rapide de l'équipement public, en diminuer les coûts en regroupant l'investissement et la maintenance ; toutefois, c'est une personne privée qui assure la construction et le fonctionnement pendant la durée du bail et la charge financière de l'investissement est reportée sur les générations futures. Ces aspects nécessairement polémiques, surtout lorsqu'il s'agit de bâtiments qui se rattachent à l'exercice d'une fonction régalienne, méritaient un étai juridique. Le gouvernement a donc sollicité le Conseil pour savoir si les constructions de prisons, sur le fondement des PPP, devaient être regardées comme entreprises pour le compte de l'État. La réponse positive, liée au droit de l'urbanisme et rendue dans l'avis du 6 septembre 2005, confirme la pratique du gouvernement qui, quelques jours après la parution, le 27 juillet 2004, du décret d'application précisant les règles de passation des PPP, avait annoncé que quatre établissements pénitentiaires allaient être construits et gérés dans ce cadre.

La saisine peut répondre à la nécessité de faire arbitrer par le Conseil un dossier sur lequel deux ministères s'affrontent et de sortir ainsi d'une situation enlisée. Entre le ministère des Anciens Combattants, favorable à la prise en compte d'une bonification pour les militaires ayant fait une campagne en Algérie, et Bercy qui la refuse, une guerre de tranchée s'est installée. Après un rapport incertain de l'Inspection générale des affaires sociales, le SGG tente de sortir de cet imbroglio en « laissant filer » une demande d'avis au Conseil. L'avis du 30 novembre 2006 rappelle que la loi du 18 octobre 1999, en qualifiant le conflit en

Algérie de « guerre », a créé une situation juridique nouvelle dont le gouvernement doit tirer les conséquences, indépendamment des différentes modalités proposées dans le rapport de l'IGAS qui ne peuvent être retenues en l'état pour des raisons juridiques. Le Conseil invite donc le gouvernement « à définir les circonstances de temps et de lieu permettant d'identifier les situations de combat qui pourraient ouvrir droit au bénéfice de la campagne double ». Cet avis tempéré n'est sans doute pas porteur des clarifications souhaitées.

Le gouvernement peut aussi se défausser sur le Conseil d'une responsabilité qu'il ne souhaite pas prendre. Lorsque la Cour des comptes affiche sa volonté de contrôler les barreaux, soutenant que sa compétence s'étend aux organismes habilités à percevoir des cotisations légalement obligatoires, le ministère de la Justice et le Conseil national des barreaux contestent cette position en rejetant le caractère « légalement obligatoire » des cotisations fixées par la loi du 31 décembre 1971 : certains barreaux n'en perçoivent pas et d'autres en envisagent la suppression. Ce conflit, plus essentiel qu'il n'y paraît, renvoie à la nature même des barreaux et à la garantie d'indépendance des avocats. Matignon, saisi par la Cour des comptes, mesurant le coût politique d'une réponse défavorable imposée au ministère de la Justice, ne souhaite pas rendre directement cet arbitrage. Le SGG laisse le ministre de la Justice saisir le Conseil en 2006, ce qui lui confère un double avantage : affirmer son attachement à l'indépendance des avocats ; économiser son crédit auprès du ministère de la Justice. L'avis du Conseil confirme la position de la Cour des comptes.

Enfin, le gouvernement peut souhaiter donner du poids à une décision qui ne présente pas par ailleurs de grandes difficultés juridiques. Lorsque la question s'est posée de savoir qui de l'État ou des communes devait supporter les charges de reprographie au sein des écoles primaires, ce ne fut pas la complexité juridique qui arrêta le SGG, l'argument selon lequel ces charges découlaient d'initiatives des enseignants dans le cadre de leur mission, étant sans incidence sur le texte de la loi. L'avis du 14 janvier 2003 confirme que les reprographies réalisées dans les écoles du premier degré doivent être considérées comme du matériel d'enseignement à la charge des communes. Le gouvernement avait en fait sollicité le Conseil pour ne pas heurter de front l'Association des maires de France.

Dans les multiples déclinaisons de l'action gouvernementale, y compris pour déclencher la refonte de règles devenues trop complexes et ingérables, le gouvernement cherche auprès du Conseil un appui dans les postures arbitrales qu'il adopte.

L'arbitrage face à la société civile

Pour un traitement dynamique des questions sociétales, le gouvernement institue souvent une mission *ad hoc*, comme le Conseil d'orientation des retraites, qui procède selon une démarche de diagnostic partagé et en assume plus aisément les conséquences. Cependant, les préoccupations très actuelles de sécurité juridique peuvent aussi le conduire à saisir le Conseil de sujets sociétaux, potentiellement conflictuels, dont une lecture juridique assurée peut contribuer à apaiser les tensions.

Un jour, une polémique enfle. Le terrain n'est jamais vierge mais une étincelle met le feu aux poudres. Nous sommes le 18 septembre 1989 dans un collège de l'Oise, à Creil. Trois jeunes filles musulmanes sont exclues parce qu'elles se sont présentées au collège la tête couverte d'un voile qu'elles refusent de quitter. Le principal, qui vient déjà d'interdire le port de kippas, dénonce le voile comme étant une atteinte à la laïcité et à la neutralité de l'école publique. Le retentissement médiatique qui entoure cette affaire fait émerger une réalité : des incidents identiques ont déjà eu lieu dans de nombreux établissements scolaires. Cette situation conduit le ministre de l'Éducation nationale à saisir le Conseil d'État, qui rendra son avis en assemblée générale, le 27 novembre 1989. La séparation laïque s'incarne particulièrement dans l'école publique où l'État s'interdit d'imposer ou de privilégier une croyance particulière. Mais les débats juridiques et éthiques sont nombreux entre les partisans d'une laïcité intransigeante et ceux d'une laïcité de bienveillante confrontation, favorables à l'expression publique du multiculturalisme. C'est une laïcité tolérante qui s'exprime dans l'avis, conforme à la règle selon laquelle la liberté, ici de conscience, est la règle et l'interdiction l'exception. Cette interprétation très nuancée ne donne toutefois pas pleinement satisfaction aux personnels de l'Éducation nationale qui se trouvent confrontés, au quotidien, à la pression des rapports de force locaux. Lorsque la commission Stasi sur l'application du principe de laïcité est réunie à la demande du président de la République en 2003, de nombreuses évolutions, présentées comme solidaires, sont suggérées pour traiter de la même façon toutes les options spirituelles. La seule qui fera l'objet d'une traduction législative concerne l'école. Obligatoirement consulté, le Conseil d'État émet, en 2004, un avis favorable à un texte prohibant dans les établissements scolaires le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une conviction religieuse. La loi du 15 mars 2004 passe ainsi

à une conception plus offensive de la laïcité. La voie de l'apaisement a été trouvée, mais pour combien de temps ?

Sujets de société nouveaux, liés à la conjugaison des libertés classiques et des flux migratoires, la situation des étrangers sur le territoire national suscite, quelles qu'en soient les déclinaisons, des débats récurrents et connaît à intervalles réguliers des exacerbations fortes. Les avis du Conseil d'État sur le droit d'asile en 1993 et celui sur la régularisation des étrangers vivant en France en constituent des temps forts. Depuis plusieurs semaines, l'église Saint-Bernard est occupée par des étrangers, essentiellement africains, résidant en France depuis parfois de longues années, grévistes de la faim. Cette occupation est très médiatisée. Saisi par le ministre de l'Intérieur, le Conseil précise que la régularisation n'est pas un droit mais que l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation au cas par cas. L'autorité administrative prend sa décision en opportunité sauf si elle a des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle du demandeur, tel son état de santé ou son droit au respect d'une vie familiale normale. Dès le lendemain de l'avis du 22 août 1996, le Premier ministre confirme « la fermeté » du gouvernement et les forces de l'ordre évacuent les occupants de l'église : de nombreux Africains sont interpellés et la plupart des sans-papiers conduits au centre de rétention de Vincennes. Au-delà d'une dimension juridique très classique, il s'agissait pour le gouvernement de s'appuyer indirectement sur le Conseil d'État pour justifier les mesures à venir.

Enfin, le gouvernement consulte le Conseil pour éviter que ne naissent des polémiques. La question des tarifs d'hospitalisation est d'une actualité permanente et conduit à interroger le Conseil sur les pouvoirs respectifs des agences régionales d'hospitalisation (ARH) et des cliniques privées dans la fixation de ces tarifs. L'avis rendu en section sociale le 6 juillet 1999 rappelle qu'il existe un accord annuel conclu entre les ministres concernés, la CNAM et des organisations représentatives des établissements de santé privés qui fixe les tarifs des prestations. Les principes posés dans cet accord ne peuvent pas être contrecarrés par des évolutions tarifaires figurant dans les contrats individuels, conclus de manière pluriannuelle par les ARH avec les établissements privés. Cet avis, en encadrant les tarifs parfois excessifs pratiqués par les cliniques privées, introduit un élément de régulation dans un débat récurrent entre trois parties : le ministère de la Santé qui insiste sur la baisse des tarifs afin de préserver l'équilibre des comptes sociaux ; les cliniques qui font observer qu'elles assurent des soins équivalents à

ceux dispensés par l'hôpital public pour un coût inférieur de 50 % ; ce dernier enfin qui fait valoir que les missions d'intérêt général de l'hôpital public étant mal évaluées, la convergence tarifaire adoptée par les parlementaires risque de faire glisser des pans entiers d'activité hospitalière vers le secteur commercial. Par cet avis, le Conseil pénètre, même de manière ponctuelle, au cœur de la politique de soins, enjeu essentiel de société. En intervenant au cœur de débats soutenus dans l'opinion publique, le Conseil prend désormais toute sa place dans l'espace public.

NÉGOCIER

Les réformes au sein de l'Union européenne sont toujours précédées de larges consultations. C'est dans ces temps d'émergence des propositions et de maturation des textes que la France doit réagir, car c'est alors que les marges de manœuvre et d'inflexion sont les plus importantes[10]. Pour intervenir très en amont, le gouvernement peut s'appuyer, dans sa capacité à négocier, sur les avis du Conseil d'État.

La procédure issue de l'article 88-4 de la Constitution invite le gouvernement à demander l'avis du Conseil pour discerner, dans les propositions d'actes communautaires, les dispositions de nature législative. Au-delà de cette détermination, le Conseil avait initialement alerté le gouvernement sur la portée de certains textes. Cette pratique est partiellement tombée en désuétude du fait des délais d'examen très brefs impartis aux sections administratives. Il est donc apparu nécessaire de prévoir une nouvelle procédure : la circulaire du 30 janvier 2003 définit les modalités de saisine du Conseil sur les propositions d'actes communautaires dont le contenu est susceptible d'avoir un impact important en droit interne par des difficultés prévisibles lors de la transposition ou la nécessité éventuelle de modifier la Constitution.

Ces avis contribuent à forger, par un faisceau d'inspirations concordantes, une position unifiée des autorités françaises fort utile dans le cadre d'une négociation communautaire ou internationale. Les observations du Conseil auront en effet d'autant plus d'échos que, transmises au Parlement, elles seront bien souvent relayées dans les résolutions adoptées. Dans son avis du 10 juin 1993 sur la directive relative au traitement des données à caractère personnel et à leur libre circula-

10. Rapport public, « L'administration française et l'Union européenne : quelles influences ? Quelles stratégies ? », *EDCE*, n° 58, La Documentation française, 2007.

tion, le Conseil « a estimé utile d'attirer l'attention du gouvernement, dans la perspective de négociations relatives à l'élaboration de cet acte, sur ses difficultés juridiques ». Afin de prévenir tout risque d'inconstitutionnalité de la future loi de transposition, il conviendrait de veiller à ce que la directive ne contienne pas de dispositions qui conduiraient à priver des principes de valeur constitutionnelle de la protection que leur accorde la loi du 6 janvier 1978 : « Certaines pourraient conduire à une régression du niveau de protection jusqu'ici accordée à ces principes en droit interne. » L'attention était ainsi attirée sur différents articles du projet : la protection des données, le traitement des données sensibles, le fichage des condamnations pénales. L'Assemblée nationale et le Sénat ont voté des résolutions de même inspiration, ce qui a eu une réelle influence dans la capacité de la France à négocier la rédaction de la directive du 24 octobre 1995.

Le gouvernement se trouve conforté dans ses capacités de négociation par les éléments de contenu que lui transmet le Conseil d'État. Lorsque l'assemblée générale du Conseil, dans un avis du 29 avril 2004, se prononce sur l'élargissement du champ d'application du principe *non bis in idem* dans une proposition du Conseil de l'Union européenne, il attire à cette occasion l'attention du gouvernement « sur le caractère incomplet des dispositions de la proposition de décision cadre relative aux cas de litispendance ». Une solution plus satisfaisante devait être apportée en conférant un rôle essentiel à la règle de la territorialité avant que ne soient tirées toutes les implications de cette règle à l'échelle de l'Union.

La ratification du protocole de Londres sur l'application de l'article 65 de la convention de Munich de 1973 relative aux brevets européens, qui réunit 31 membres au-delà de l'Union européenne, a soulevé de vives polémiques. Un brevet est composé de deux parties principales : les revendications qui définissent l'étendue de la protection, et la description qui détaille les aspects techniques mais n'est pas constitutive du droit au brevet. En cas d'entrée en vigueur de l'accord, la France ne renoncerait qu'à la traduction de la description de l'invention. Par contre, des brevets délivrés en français seraient valides dans les autres États, avec l'exigence de traduction des seules revendications. Les tenants d'une politique volontariste de l'innovation se sont ici opposés aux hérauts de la francophonie, qui estimaient qu'en dispensant de traduire en français la description de l'invention, l'accord serait contraire à la Constitution. Selon l'avis du Conseil rendu le 21 septembre 2000, aucune stipulation de cet accord n'oblige les personnes de droit public

et de droit privé, dans l'exercice d'une mission de service public français, à utiliser une langue autre que le français et aucune ne confère aux particuliers, dans leurs relations avec les administrations et services publics français, un droit à l'usage d'une langue autre que le français. Cet accord, qui s'inscrit dans le cadre de relations de droit privé entre le titulaire d'un brevet et les tiers intéressés, n'est donc pas contraire à l'article 2 de la Constitution. Dans une décision du 28 septembre 2006, le Conseil constitutionnel reprend l'avis du Conseil d'État pour autoriser la ratification de cet accord sans révision préalable de la Constitution.

La position du gouvernement sera d'autant plus forte que, prenant appui sur les avis du Conseil, il sera en capacité d'agir très en amont de la procédure d'élaboration des textes.

La directive dite Bolkestein, relative aux services dans le marché intérieur, est emblématique de cette nécessaire prise en compte de la chronologie administrative. Afin d'assurer la libre circulation des services sur le marché européen et d'éliminer les barrières qui en empêchent la pleine application, le projet initial proposé par la Commission en janvier 2004 reposait sur le principe dit du pays d'origine : la loi applicable à un prestataire de services ne serait plus celle de l'État sur le territoire duquel la prestation est réalisée mais celle de l'État d'origine du prestataire. Ces dispositions ont rapidement opposé les pays d'Europe centrale et orientale désireux de profiter de leurs avantages comparatifs aux États membres de la vieille Europe qui craignaient un nivellement par le bas du modèle social européen. Dans un avis rendu en assemblée générale le 18 novembre 2004, le Conseil d'État souligne l'imprécision du contenu du projet de directive : « en définitive, l'application du pays d'origine du prestataire de service devrait être modifiée dans son approche : il conviendrait de dresser une liste positive des cas dans lesquels ce principe pourrait être appliqué dans des conditions satisfaisantes, au lieu de poser le principe de l'application de la loi du pays d'origine tout en dressant une liste d'exclusions hétérogènes et sans doute incomplète ». L'avis du Conseil a été relayé de manière explicite par deux résolutions du Parlement français : celle adoptée le 23 mars 2005 par le Sénat « rappelle les réserves du Conseil d'État », et celle de l'Assemblée nationale, en date du 15 mars 2005, « demande résolument l'abandon du principe du pays d'origine ». Sans doute la rue avait-elle déjà dit son hostilité à cette directive, mais il faudra attendre le 16 février 2006 pour que le Parlement européen adopte un compromis qui renverse complètement l'approche initiale. Le sort

du référendum du 29 mai 2005 eût peut-être été différent si le gouvernement français, dès le départ, s'était appuyé sur l'analyse du Conseil d'État pour manifester son opposition à la rédaction initiale de la directive.

ALERTER

Conseiller est une tâche, décider en est une autre. Dans son « œuvre de légiste assistant le législateur » selon les termes de Laferrière, le Conseil d'État ne s'interdit pas de porter une appréciation sur la faisabilité, l'impact, « voire l'opportunité des dispositions qui lui sont présentées. Mais il n'étend jamais cette appréciation aux choix politiques qui inspirent successivement les textes qu'il examine[11] ». L'opportunité, surtout en matière législative, est entendue d'un point de vue administratif selon des considérations de bonne gestion publique qui conduisent le Conseil à dresser le bilan des avantages et des inconvénients d'un projet, à vérifier son efficacité et ses chances de réussite, à s'assurer en particulier des capacités de l'administration à le mettre en œuvre[12]. « La portée intellectuelle[13] » des avis traduit une réelle plus-value du Conseil, mais la recherche du « bon sens administratif » va-t-elle jusqu'à exercer une fonction d'anticipation, d'alerte quant à d'éventuels risques encourus ?

Est-il possible d'aller jusqu'au terme d'une logique et à quelles conditions ? Déployer une visée anticipatrice est contraire à la vision classique de l'exercice de la fonction consultative : le Conseil, dans le texte de l'avis, tranche et ne débat pas, ce qui précisément lui confère une valeur institutionnelle intrinsèque. Le poids des avis rendus par le Conseil est considérable au regard « de son expérience collective de l'administration et du droit qui la régit[14] ». Sa capacité d'alerte ne mériterait-elle cependant pas de se déployer pleinement au bénéfice des gouvernements, de quelque tendance politique qu'ils soient ? Sans que son argumentation ne perde de la force, ne pourrait-il pointer les fragilités d'un texte rendant possibles d'éventuelles contestations ? Avec ce

11. Michel Roux, « La fonction consultative du Conseil d'État », *La Revue administrative*, n° 6, 1999, p. 20.

12. Marceau Long, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, n° 5, 1992, p. 790.

13. Roland Drago, « Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d'État », in *Mélanges Waline*, t. II, LGDJ, 1974.

14. Yves Gaudemet, Bernard Stirn, Thierry Dal Farra, Frédéric Rolin, *Les Grands Avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2002, p. 58.

prisme, un avis fondé sur la légalité du texte, sur son apport en terme de gouvernance administrative mais aussi sur une analyse circonstanciée de la réception de la mesure dans la société permettrait de conforter le SGG et les ministres dans l'appréciation de l'opportunité qui relève de leur responsabilité.

Dans sa fonction consultative, le Conseil ne peut statuer *ultra petita*. Mais cette visée prospective, qui n'est pas incompatible avec la publicité parfois donnée aux avis, pourrait s'exprimer dans la note générale remise au gouvernement. Elle porterait alors l'explication des modifications et disjonctions d'articles, ainsi que l'appréciation d'opportunité qui pourrait se traduire par l'expression d'opinions dissidentes, la connaissance des approches divergentes des membres du Conseil étant toujours source d'enrichissement. L'institution jouerait alors vraiment son rôle de conseiller du gouvernement qui, en tout état de cause, demeure, comme le législateur, toujours maître de la décision : c'est à lui qu'appartient le risque politique.

L'alerte pourrait reposer sur l'énoncé d'une certaine fragilité juridique. Dans le cadre des mesures mises en œuvre pour favoriser l'emploi des jeunes, le Conseil d'État a été conduit à examiner le projet d'ordonnance du 2 août 2005 relative au contrat nouvelles embauches (CNE). Dans son avis, il a estimé que la procédure *ad hoc* de résiliation du contrat pendant un délai de deux ans ne méconnaissait pas la convention du 22 juin 1982 de l'OIT, relative aux licenciements. Cette position a été confirmée au contentieux à la fois parce que l'ordonnance n'a pas exclu la contestation du licenciement devant un juge et parce que la « période de deux ans pendant laquelle est écartée l'application des dispositions de droit commun relatives à la procédure de licenciement peut être regardée comme raisonnable[15] ». Cette position risque d'être contredite par le juge judiciaire dont la compétence a été contestée par le préfet de l'Essonne, à la suite de jugements du Conseil des prud'hommes de Longjumeau, qui a retenu le caractère déraisonnable de la période d'essai de deux ans, et d'un arrêt de la cour d'appel de Paris. L'ordonnance d'août 2005 ayant été ratifiée de manière implicite par le Parlement, le tribunal des conflits a estimé, dans une décision du 19 mars 2007, que la juridiction judiciaire était compétente pour apprécier la validité du CNE. Le caractère incertain de la durée « raisonnable » pré-

15. CE, 19 octobre 2005, *CGT et autres*.

cédant le licenciement aurait pu conduire le Conseil dans son avis, tout en maintenant son interprétation juridique, à alerter le gouvernement sur les risques pouvant découler de ces fragilités juridiques, cumulés à une réelle tension sociale au début de l'été 2005.

Les consultations gouvernementales s'attachent souvent aux mutations des services publics face aux règles de la concurrence et aux évolutions de la société insérée dans une économie de marché. L'alerte peut alors reposer sur une fragilité juridique et économique de la décision. Saisi d'une question sur la privatisation des sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroute, le Conseil d'État a estimé, dans un avis des 25 et 29 août 2005, qu'elle n'était contraire à aucune règle de valeur constitutionnelle. Ces sociétés, chargées de réseaux étendus mais qui demeurent régionaux, n'ont pas le caractère d'un monopole
46 de fait et leur transfert au secteur privé n'a pas à être approuvé par le législateur. C'est donc par décrets de février et mars 2006 que le Premier ministre a autorisé le transfert au secteur privé des participations majoritaires détenues par l'État et l'établissement public Autoroutes de France. L'absence d'intervention du législateur a été vivement contestée au contentieux[16] par les détracteurs de cette décision, au premier rang desquels François Bayrou. Ils ne pouvaient être convaincus ni par le raisonnement juridique du Conseil ni par l'impact à long terme de cette cession pour les finances de l'État, les autoroutes étant susceptibles de rapporter, une fois les emprunts remboursés, des sommes considérables qui eussent pu financer les grands investissements de transport public. C'est à une telle analyse, conjuguant appréciation de la légalité et coût pour les finances publiques, qu'aurait pu conduire l'exercice plein et entier de la fonction consultative. L'insuffisante réflexion sur la pertinence des réformes politiques engendre un excès ou une modification incessante de normes. La décision politique ne devrait donc être prise qu'au vu d'une évaluation du bilan coût/avantages de chacune des options possibles. Or l'exigence des études d'impact, de longue date consacrée par les circulaires successives des Premiers ministres, n'a jamais été réellement suivie d'effet[17]. C'est cette lacune que le Conseil devrait exiger de voir comblée, c'est cette indigence que la puissance de son expertise devrait contribuer à pallier.

Le Conseil d'État pourrait enfin relever la fragilité contextuelle qui

16. CE, sect., 27 septembre 2006, *M. Bayrou et autres*.

17. Conseil d'État, Rapport public, « Sécurité juridique et complexité du droit », *EDCE*, n° 57, La Documentation française, 2006, p. 305.

entoure certains projets. La notion de patriotisme économique était proclamée haut et fort depuis quelque temps, lorsque le Premier ministre voulut en faire une application emblématique avec la fusion Suez-Gaz de France (GDF). Dans l'avis du 11 mai 2006, le Conseil d'État considère que cette entreprise publique n'exploite un monopole de fait ni du point de vue du transport ni de la distribution, de la production ou du stockage ; le monopole de la fourniture de gaz aux clients non éligibles est appelé à cesser le 1er juillet 2007 ; les lois de janvier 2003 et août 2004 ont fait perdre au service public confié à GDF l'essentiel des éléments caractérisant un service public national. Mais certaines missions confiées au seul opérateur GDF, notamment la fourniture du gaz à certains clients, sont de nature à lui maintenir le caractère d'un service public par détermination de la loi. La loi relative au secteur de l'énergie a été adoptée le 7 décembre 2006, malgré les multiples péripéties qui ont émaillé son parcours législatif et la décision coup de tonnerre du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2006. Reprenant le raisonnement du Conseil d'État quant à la privatisation et à la possibilité de descendre la part minimale de l'État dans le capital de GDF en dessous de 30 %, le Conseil estime que, si GDF demeure un service public national par détermination de la loi pour la fourniture de gaz naturel aux particuliers, l'article 3 de la loi déférée y met fin à compter du 1er juillet 2007. L'entreprise en charge de ce service public ne pourra donc être privatisée qu'après la disparition de la règle juridique, qui en avait fait jusque-là un service public. C'est donc très habilement que le Conseil répond juridiquement à un problème politique épineux dont le règlement est repoussé au-delà de l'élection présidentielle. Le Conseil d'État était en capacité d'anticiper que la privatisation de GDF se heurterait à l'attachement des Français à la présence de l'État dans le secteur de l'énergie. Les interrogations qui demeuraient sur la pertinence de ce projet industriel ont été balayées par l'accord présidentiel donné à la fusion de Suez.

Qui a aujourd'hui institutionnellement raison ? Alexandre Parodi, vice-président du Conseil d'État qui affirme en 1963 que « si importantes que soient nos tâches administratives, et malgré l'extension nouvelle qu'elles ont prises sous le régime de 1958, le centre du Conseil d'État est la section du contentieux[18] », ou Yves Gaudemet qui écrit

18. Louis Fougère, *Le Conseil d'État. Son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974*, Éditions du CNRS, 1975, p. 844.

plus récemment « dans l'ordre normatif, le Conseil d'État est une institution majeure de pouvoir, davantage peut-être même aujourd'hui par ses avis sous leurs formes multiples que par sa jurisprudence [19] » ?

Certes, l'activité contentieuse est mieux connue : elle s'exerce publiquement et touche potentiellement chaque administré. Mais, si elle contribue à la formation du droit, c'est essentiellement dans le champ du droit administratif, alors que l'activité consultative touche tous les secteurs du droit constitutionnel, international, civil, pénal, commercial et social. Son importance serait accrue par une efficacité corrélativement plus grande que celle de la fonction juridictionnelle. La rapidité d'obtention des avis s'oppose à la lenteur des juges : là où les délais de jugement sont de 9 mois et demi, le délai moyen d'études des textes est de 25 jours, souvent réduit du fait de l'urgence [20]. Au contentieux,
48 la ligne directrice des juges est aujourd'hui davantage axée sur la défense des droits et libertés des administrés que sur la protection de l'État, porteur de l'intérêt général. C'est à la fonction consultative qu'il revient désormais de conforter l'État dans cet ancrage fondateur : le Conseil estime qu'« il lui appartient de prendre ses responsabilités et, entre plusieurs interprétations constitutionnelles possibles, de retenir celle qui lui paraît la plus conforme à l'intérêt général, même si ce n'est pas celle qui présente le moins de risques d'inconstitutionnalité [21] ». Cette perception, présente dans de nombreux avis, accepte des atteintes à l'exercice de certaines libertés, pourvu que l'intérêt général le justifie [22].

La fonction de conseiller n'affaiblit pas le pouvoir du juge puisque c'est lui qui a le dernier mot. Tout au contraire, les deux fonctions se complètent et se confortent. Cette intrication, depuis l'arrêt *Procola* [23], est cependant susceptible de déclencher les foudres de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour éviter cette censure déontologique, les membres du Conseil pratiquent le déport qui interdit aux conseillers ayant participé à la rédaction de l'avis de siéger dans les formations contentieuses. L'existence d'une fonction consultative ne porte pas ainsi atteinte, par elle-même, à l'impartialité du juge, mais elle peut rendre complexe l'intervention de l'assemblée du contentieux.

---

19. Yves Gaudemet *et alii*, *op.cit.*, p. 45.
20. *EDCE*, n° 57, *op. cit.*, p. 47.
21. Michel Bernard, in *EDCE*, n° 46, *op. cit.*, p. 441.
22. Voir l'avis du 26 juillet 2005 concernant le transfert à l'État par la Ville de Paris de l'assiette du Grand Palais.
23. CEDH, 28 septembre 1995, *Procola et autres c/ Luxembourg*.
24. Michel Bernard, *op. cit.*, p. 456.

Pour « valoriser et moderniser [24] » cette fonction, il est désormais nécessaire de « renouveler en profondeur l'organisation et le fonctionnement des formations consultatives du Conseil et, en particulier, de hiérarchiser le traitement des affaires en fonction de leurs enjeux. Toutes ne nécessitent pas un passage devant une section réunie dans sa totalité [25] ». Un rééquilibrage a déjà eu lieu entre la consultation sur les actes non réglementaires et celle sur les projets de lois et de règlements, considérée comme essentielle. Un décret du 21 décembre 2004 hiérarchise ainsi le travail en dispensant d'assemblée générale un certain nombre de textes qui ne posent pas de difficultés juridiques particulières. Cette politique de désencombrement devrait continuer à s'accentuer : démultiplier les regards et les modalités d'examen contribuerait à rendre le mode de fonctionnement des sections administratives plus productif et mobilisateur pour ses membres.

« Le Conseil d'État doit manifester qu'il est inscrit dans la cité et pas hors du monde. Il doit dans ses études comme dans ses activités consultatives et contentieuses être à l'écoute de la société française et européenne et jouer pleinement un rôle de passeur et d'interface, un rôle de régulateur entre pouvoirs et société. Il en va de sa responsabilité à l'égard des citoyens [26]. » Cette responsabilité ne devrait-elle pas transformer l'institution de simple conseiller du gouvernement en conseiller de l'État et notamment du Parlement ? Ainsi échapperait-elle à la critique d'un organe sans légitimité ni responsabilité démocratique qui occupe une place essentielle dans le processus législatif. Dans le cadre des projets de révision constitutionnelle issus du comité Vedel [27], le Conseil avait proposé, ce qui n'a pas été retenu, que le gouvernement lui soumette les amendements qu'il dépose au Parlement sur les projets de loi avant l'ouverture du débat devant la première assemblée. Cette même disposition sera reprise dans l'un des projets pour une sixième République [28]. D'autres organisent la possibilité pour les parlementaires de saisir le Conseil des propositions de lois : « les propositions de loi d'origine parlementaire ou citoyenne, préalablement à

25. Jean-Marc Sauvé, interview, *AJDA*, 2007, n° 11, p. 556.
26. *Ibid*.
27. Rapport du comité consultatif pour la révision de la Constitution, présidé par le doyen Vedel, 1993, p. 62.
28. Jean-Pierre Bel, *Pour une nouvelle République. Proposition de réforme des institutions à Ségolène Royal*, 8 février 2007.
29. Arnaud Montebourg et Bastien François, *La Constitution de la VIe République*, Odile Jacob, 2005, p. 122. Nicolas Sarkozy a également proposé cette évolution.

leur discussion, sont soumises pour avis public au Conseil d'État[29] ». Ces évolutions permettraient de donner un contenu effectif à l'obligation de consultation. Le Conseil d'État deviendrait alors un élément central du pouvoir d'État, garant, au sens où l'envisage Georges Burdeau, de la sauvegarde de l'intérêt général.

RÉSUMÉ

La fonction consultative du Conseil d'État témoigne du dit et du non-dit : ce qui est légitimement attendu, l'analyse du droit et de l'opportunité administrative, côtoie le sous-jacent : l'appui apporté au gouvernement dans différents arbitrages et l'aide dans la conduite de négociations. Autorité morale, l'institution est un acteur majeur du processus de décision gouvernementale. Mais, au-delà du bel ordonnancement combiné de neutralité politique et d'expertise juridique, l'expression consultative ne devrait-elle pas traduire la volonté engagée d'une institution au service de l'État ?