

CONSEIL D'ÉTAT

363

De la porte étroite devant le Conseil d'État

POINTS-CLÉS → Les acteurs de la vie civile peuvent adresser des lettres d'observations aux sections administratives du Conseil d'État → Elles constituent, pour ces derniers, une voie non juridictionnelle permettant de contester les dispositions d'un projet de loi ou d'un projet de décret → Les enjeux ne sont pas minces car le Gouvernement suit en général les avis du Conseil d'État → Autre avantage, l'envoi d'une lettre d'observations n'est pas assimilé à une activité de lobbying au sens de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite Sapin 2

Éric Sagalovitsch, avocat au barreau de Paris

Une récente étude réalisée par le professeur Denys de Béchillon portant réflexion sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel, confirme la pratique de ces dernières devant le juge constitutionnel et tout son intérêt pour les citoyens et les membres du Conseil constitutionnel (*D. de Béchillon, Réflexions sur le statut des « portes étroites » devant le Conseil constitutionnel : JCP G 2017, doct. 225*).

Le professeur Denys de Béchillon a parfaitement raison de souligner que « le Conseil d'État pratique, dans ses formations administratives, une ouverture vers l'extérieur, de statut informel, qui présente avec notre sujet, une indéniable parenté ».

Même si aucune information n'est donnée sur le site internet du Conseil d'État sur cette possibilité offerte aux acteurs de la vie civile, elle correspond à une pratique assez ancienne. Cependant, et d'un point de vue quantitatif, si la porte étroite du Conseil constitutionnel ne concerne que les lois dont est saisi ce dernier dans le cadre de l'exercice de son contrôle de constitutionnalité a priori, le champ des portes étroites devant les sections administratives du Conseil d'État est plus large et concerne, d'un point de vue

statistique, un bien plus grand nombre de textes. En 2014, le Conseil d'État a examiné 164 lois et ordonnances, 756 décrets réglementaires et 209 décrets non réglementaires, soit un total de 1 129 textes (*CE, Rapp. public 2015, p. 368*).

Les portes étroites des sections administratives du Conseil d'État permettent aux acteurs de la vie civile par une voie non juridictionnelle de contester les dispositions d'un projet de loi ou d'un projet de décret. Rappelons que le contrôle du Conseil d'État, dans le cadre de ses activités consultatives, porte non seulement sur la régularité juridique mais aussi sur l'opportunité du texte et en particulier sur l'adéquation de son contenu par rapport aux objectifs qu'il poursuit.

Dès lors, les lettres d'observations peuvent ne pas être cantonnées à la critique juridique du projet de texte et présenter également les raisons pour lesquelles, par exemple, il présente plus d'inconvénients que d'avantages. Les enjeux ne sont pas négligeables pour l'auteur de la lettre d'observations car s'il parvient à convaincre la section administrative du bien fondé de ses arguments, il pourra alors espérer qu'elle émette un avis défavorable. Or, le Gouvernement suit en général l'avis du Conseil d'État.

Cette voie non juridictionnelle permet également la contestation de grands projets d'infrastructures autoroutiers ou ferroviaires lors de l'examen des projets de décrets portant déclaration d'utilité publique

d'un grand projet d'infrastructure ou portant approbation des contrats de concession ou de marchés de partenariats relatifs à la réalisation et à l'exploitation de nouveaux tronçons autoroutiers ou de nouvelles lignes ferroviaires.

Nous examinerons dans une première partie les caractéristiques de la porte étroite devant le Conseil d'État (1), puis, dans une seconde partie, les modalités d'accès aux formations consultatives de ce dernier (2).

1. Les caractéristiques de la porte étroite devant le Conseil d'État

La pratique des lettres d'observations auprès des sections administratives du Conseil d'État n'est soumise ni au nouveau dispositif de contrôle résultant de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite Sapin 2, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (A), ni au monopole des avocats aux conseils (B).

A. – Une activité non soumise au contrôle de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique

La loi du 9 décembre 2016 comprend un nouveau dispositif qui a pour objectif d'assurer la transparence de ceux qui exercent

des activités principales ou régulières visant à influencer sur la décision publique, et notamment sur le contenu d'une loi ou d'un acte réglementaire. Ces derniers devront obligatoirement, et sous peine de sanction pénale, s'inscrire à un registre public qui sera tenu par la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP).

Le champ d'application du nouveau dispositif est défini à travers un critère organique qui énumère de manière limitative les personnes pouvant être la cible de lobbyistes dans la rédaction des textes législatifs ou réglementaires.

Si le projet de loi mentionnait bien les membres du Gouvernement, les parlementaires et les collaborateurs du président de la République, il ne visait pas les membres des sections administratives du Conseil d'État. À juste titre, les parlementaires se sont interrogés sur la nécessité ou non de soumettre le nouveau dispositif qui régit les rapports entre les représentants d'intérêt et les pouvoirs publics, aux professionnels qui tentent d'influer sur la rédaction de textes législatifs ou réglementaires, auprès des sections administratives du Conseil d'État. En première lecture, les députés, lors de la séance du 8 juin 2016, puis les sénateurs, dans leur séance du 8 juillet 2016, ont apporté une réponse positive. Au cours de la séance du 8 juin 2016, le député M. G. Charroux soulignait : « Parce que les membres du Conseil d'État participent à l'élaboration de la décision publique, aussi bien législative que réglementaire, il convient de les protéger. Tel est l'objet de cet amendement qui est de cohérence : il s'agit d'inclure toutes les institutions qui participent à l'élaboration de la décision publique, dans la liste des cibles potentielles des représentants d'intérêts ».

C'est dans ce contexte que cinq amendements identiques ayant pour objet d'étendre le dispositif aux membres des sections administratives du Conseil d'État ont été adoptés lors de la séance du 8 juin 2016 (AN, Amendements n° 234, n° 486, n° 642, n° 915, n° 1262, 8 juin 2016). Le Sénat a approuvé cette modification dans sa séance du 8 juillet 2016.

Pour autant, après l'échec de la commission mixte paritaire, les députés ont adopté, dans la séance du 29 septembre 2016, en nouvelle

lecture, une nouvelle version qui ne mentionne plus les membres des sections administratives du Conseil d'État.

L'explication tient à ce que l'extension du dispositif ne concernait pas seulement les membres du Conseil d'État mais visait également les membres du Conseil constitutionnel et le président de la République.

Le député rapporteur, M. S. Denaja, précise, dans le rapport de la commission des lois du 21 septembre 2016, qu'après l'échec de la réunion de la commission mixte paritaire du 14 septembre 2016, le dispositif relatif à la transparence des rapports entre les représentants d'intérêts et les pouvoirs publics a été entièrement réécrit (tel était l'objet de l'amendement de M. Denaja adopté par la commission des lois, AN, Rapp. n° 4045 et 4046, 21 sept. 2016, p. 89).

« Le projet de loi ne visait pas les membres des sections administratives du Conseil d'État. »

Il indique qu'avec la nouvelle liste proposée « ne sont donc concernés aucun des pouvoirs publics pour lesquels seul le législateur constitutionnel ou organique peut imposer l'obligation de définir et de veiller au respect des règles applicables aux représentants d'intérêts ».

Cette position rejoint ainsi celle exprimée par le Conseil d'État dans son avis du 24 mars 2016 relatif au projet de loi (CE, avis, 24 mars 2016, n° 391262). Le Conseil d'État avait considéré qu'il n'y avait pas lieu de faire entrer le président de la République dans le champ d'application de la loi car son statut relève de la seule Constitution.

Force est cependant de souligner que la justification à la suppression de la liste du président de la République et des membres du Conseil constitutionnel n'est pas adaptée et n'est pas transposable au Conseil d'État, car si l'institution est consacrée par la Constitution, notamment dans ses fonctions consultatives, le statut de ses membres et son mode de fonctionnement ne dépend pas du pouvoir constituant et relève de la loi ordinaire. Cependant, lors de la séance à l'Assemblée nationale du 29 septembre 2016, le rapporteur M. S. Denaja a fourni l'explication suivante « de fait, si nous adoptions la logique proposée pour le Conseil d'État, il nous fau-

drait poursuivre en ce sens pour le Conseil constitutionnel et nous nous heurterions à une censure de ce dernier. La position de principe est donc simple : elle consiste à exclure du champ des pouvoirs publics les juridictions ». Cet argument n'est pas convaincant car l'inclusion des membres des sections administratives du Conseil d'État dans le nouveau dispositif n'impliquait nullement une extension de celui-ci aux membres du Conseil constitutionnel.

Le député O. Marleix, auteur d'un amendement visant à rétablir, dans la liste, les membres des sections administratives du Conseil d'État (AN, Amendement n° 65, 29 sept. 2016, non adopté), en tirait la conclusion que « ne pas retenir les membres de ces sections administratives revient donc à laisser un trou béant dans le dispo-

sitif qu'on prétend améliorer en matière de transparence ».

Plusieurs conséquences s'évincent de la non-inclusion des membres des sections administratives du Conseil d'État dans le nouveau dispositif. En premier lieu, les membres des sections administratives du Conseil d'État ne sont pas protégés de l'activité de lobbying par le nouveau dispositif. En deuxième lieu, ceux qui adressent aux sections administratives du Conseil d'État, des observations écrites, ne sont pas considérés comme des représentants d'intérêts et ne figureront pas dans le répertoire numérique qui sera rendu public par la HATVP. En dernier lieu, leurs activités ne sont pas soumises aux obligations très strictes définies par l'article 18-5 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et modifiée par la loi Sapin 2.

B. – Une activité non soumise au monopole des avocats aux Conseils

L'étude précitée réalisée par le professeur Denys de Béchillon met en évidence que toute personne peut emprunter directement la voie de la porte étroite devant le

Conseil constitutionnel, sans être tenue de passer par un avocat.

Toute société, toute association, tout citoyen peut adresser directement au Conseil constitutionnel les observations qu'appellent, de sa part, l'examen d'une loi avant sa promulgation. Et le recours à un mandataire, tel qu'un avocat à la cour ou à un universitaire, n'est qu'une faculté et non une obligation.

Après s'être interrogé sur le point de savoir si la rédaction des portes étroites devrait être réservée à une catégorie de professionnels du droit, le professeur Denys de Béchillon estime à juste titre qu'une réglementation des conditions de présentation des observations « déboucherait sur un appauvrissement significatif du procédé » et qu'il ne faut donc pas instituer, en la matière, le moindre monopole.

Aussi, dans une logique tout à fait libérale, le Conseil constitutionnel n'accorde aucun monopole en la matière.

Certains écrits laissent à penser que de l'autre côté du Palais Royal, seuls les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation pourraient adresser, pour le compte de leurs clients, des observations aux sections administratives du Conseil d'État.

J.-P. Calon, ancien président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, écrit que « les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ont le droit exclusif de suivre les affaires dont sont saisies les sections administratives du Conseil d'État » (*Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation : Rép. cont. adm. Dalloz*, § 81).

Dans le cadre de l'avis n° 16-A-18 du 10 octobre 2016 relatif à la liberté d'installation et à des recommandations de créations d'offices d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, l'Autorité de la concurrence reprend la même analyse en indiquant qu'« outre leur activité contentieuse, les avocats aux Conseils ont également le droit exclusif de suivre certaines affaires dont sont saisies les sections administratives du Conseil d'État, notamment en matière de droits individuels, d'obtenir la communication du dossier et de présenter des observations écrites » (*Aut. Conc., avis, 10 oct. 2016, n° 16-A-18, § 45*).

Cependant, et en réalité, tous les acteurs de la vie civile peuvent adresser des lettres d'observations aux rapporteurs des sections administratives du Conseil d'État.

En effet, les auteurs des grands avis du Conseil d'État au nombre desquels figure le président Bernard Stirn, mentionnent bien qu'« il arrive parfois que des particuliers, des associations ou des organisations professionnelles ou syndicales fassent part de leurs observations ». Il est aussitôt ajouté que « celles-ci sont alors versées au dossier ». On peut donc en déduire que le rapporteur les examine et qu'il n'y a donc pas de monopole des avocats aux conseils pour présenter une lettre d'observations (*Y. Gaudement, B. Stirn, T. Dal Fara, F. Rolin, Les grands avis du Conseil d'État : Dalloz, coll. Grands arrêts, 2002, 2^e éd., p. 35*).

Dans le même sens, le professeur Delvolvé écrit que « des personnes privées peuvent avoir intérêt à faire valoir leurs positions sur des projets de textes ou des questions posées au Conseil. Rien ne leur interdit de communiquer à celui-ci des observations écrites. Elles le font parfois par l'intermédiaire d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Il s'agit de pratiques informelles, qu'aucun texte ne prévoit ni n'encadre. Le Conseil d'État, et notamment le rapporteur, peut prendre connaissance de ces observations, mais il n'y a pas lieu d'y répondre officiellement » (*Rép. cont. adm. Dalloz*, § 117).

La position libérale exprimée par les grands auteurs des avis du Conseil d'État et le professeur Delvolvé est parfaitement justifiée. Si le monopole des avocats aux Conseils est solidement établi, le champ d'application de ce monopole est cependant circonscrit à, d'une part, la représentation des parties devant le Conseil d'État, lorsque le ministère d'avocat est rendu obligatoire (*CE, 13 janv. 2014, n° 360145 : JurisData n° 2014-000289. – CE, 22 juill. 2015, n° 389902 : JurisData n° 2015-017976*), et, d'autre part, à la faculté de plaider à l'audience devant le Conseil d'État, comme l'a précisé récemment ce dernier (*CE, 28 sept. 2016, n° 397231 : JurisData n° 2016-020365*). Ce monopole se rattache ainsi à l'exercice de l'activité juridictionnelle de la Haute assemblée. En

revanche, il n'existe aucun texte qui conférerait un quelque monopole que ce soit aux avocats aux Conseils, pour présenter des observations auprès des sections administratives du Conseil d'État.

2. Les modalités d'accès aux formations consultatives du Conseil d'État

A. – Les possibilités offertes aux acteurs de la société civile

Tout acteur de la vie civile, qu'il soit un citoyen, une association, ou encore une société, et qui estime utile d'adresser des observations aux sections administratives du Conseil d'État, peut adresser une lettre d'observations au rapporteur de la section administrative compétente.

Cependant, un privilège accordé aux avocats aux Conseils semble persister.

En effet, si les observations sont signées par un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, celles-ci seront alors non seulement examinées par le rapporteur, mais en plus le rapporteur, lors de la séance d'examen, informera alors les autres membres de la section desdites observations. En effet, il est indiqué par les auteurs des grands avis du Conseil d'État qu'« il est admis par l'usage qu'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation puisse représenter des particuliers et déposer des mémoires en leur nom devant les formations administratives du Conseil d'État. L'avocat n'a pas accès au dossier mais le rapporteur fait état de ces observations ».

Ce privilège est confirmé par deux autres témoignages de conseillers d'État.

Le président Jacques Arrighi de Casanova indique ainsi dans un article mis à jour au 31 octobre 2014 que « lorsque des personnes privées estiment devoir produire des observations, l'usage veut que le rapporteur en fasse état lors de l'examen du projet par la formation collégiale, si elles l'ont fait par le ministère d'un avocat au Conseil d'État » (*JCl. Justice administrative, fasc. 14, § 75*). Le président Massot mentionne également que « les personnes privées peuvent seulement, sans pouvoir réclamer communication du dossier,

produire des observations que le rapporteur communiquera à la section s'il le juge utile ; l'usage est qu'il en fasse état si elles ont été produites par le ministère d'un avocat au Conseil d'État « (*Le Conseil d'État : Doc. fr., févr. 1999, p. 71 et 72*). »

Les acteurs de la vie civile ont dès lors le choix suivant : ils peuvent rédiger eux-mêmes les observations et les envoyer au Conseil d'État dans les conditions qui seront exposées ci-après, ou confier cette tâche à un mandataire, par exemple, un avocat à la cour ou un professeur de droit. Dans les cas qui précèdent, la personne privée ou publique aura ainsi l'assurance que ses observations seront lues par le rapporteur.

Si l'intéressé souhaite que le rapporteur fasse état, aux membres de la section administrative concernée, de sa lettre d'observations, il devra alors recourir à un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Cependant, il convient de relativiser cette différence de traitement car l'essentiel est de convaincre le rapporteur du bien fondé d'un argument exposé dans la lettre d'observations auquel il n'aurait pas songé. À cet égard, si le rapporteur s'approprie l'argument, il apparaît alors secondaire qu'il fasse référence ou non à ses collègues de la lettre d'observations.

B. – Recommandations aux acteurs de la vie civile

En premier lieu, pour identifier la section administrative compétente, il suffit de se référer à l'arrêté du premier Ministre du 4 juillet 2008 portant répartition des affaires entre les sections administratives du Conseil d'État (section de l'intérieur, section des finances, section des travaux publics, section des affaires sociales). Certes, le nom du rapporteur n'est pas connu, et cette information n'est communiquée qu'aux avocats aux Conseils. Toutefois, il est loisible d'adresser sa lettre d'observations à « Monsieur le rapporteur (ou Madame la rapporteure) » de la section concernée.

En deuxième lieu, le citoyen a une connaissance précise du texte lorsqu'il adresse une lettre d'observations au Conseil constitutionnel. En effet, le texte de loi, tel qu'il a

été adopté par les assemblées parlementaires, et en dernière lecture, par l'Assemblée nationale, est directement accessible sur le site des assemblées.

En revanche, les projets de lois, de décrets, et de déclaration d'utilité publique, pris par décret en Conseil d'État, ne font pas l'objet d'une diffusion publique. Cependant, il devient très fréquent que le Gouvernement procède à des consultations publiques sur les projets de décrets, lesquels sont alors connus du public. De plus, les organismes professionnels concernés par un changement de réglementation sont en général destinataires des projets de décrets. Pour les projets de décrets relatifs à une déclaration d'utilité publique d'un projet nécessi-

elles parviennent après la date à laquelle la section administrative du Conseil d'État s'est réunie.

Il lui faut donc connaître la date d'examen de la séance collégiale. Lorsqu'il est représenté par un avocat aux conseils, ce dernier peut contacter le greffe de la section administrative qui lui communique alors la date de la séance. Pour ceux qui ne recourent pas à un avocat aux conseils, il leur est possible de s'adresser au département ministériel concerné pour tenter d'obtenir l'information.

Dans un article intitulé « Pour la publication des portes étroites devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », le professeur Thomas Perroud s'interro-

« Le Conseil constitutionnel a annoncé porter désormais à la connaissance du public la liste des "contributions extérieures". »

tant l'avis du Conseil d'État, les personnes et associations impactées par le projet n'ont pas besoin du projet de décret lui-même pour exposer les raisons pour lesquelles elles le contestent. Elles disposent, au stade de l'examen du Conseil d'État, de toutes les informations recueillies notamment, au stade de l'enquête publique, et en particulier de l'étude d'impact et de l'avis de la commission d'enquête.

En troisième lieu, la lettre d'observations adressée dans le cadre de la porte étroite ne peut bien évidemment présenter un intérêt pour celui qui la rédige que si elle parvient avant que l'avis ne soit rendu ! Dans le cas des observations adressées au Conseil constitutionnel, il n'y a aucune difficulté puisque ce dernier doit statuer dans le délai d'un mois à compter de sa saisine.

En revanche, le Conseil d'État n'est pas tenu par un délai officiel et public pour rendre son avis sur un projet de loi, de décret ou de DUP. Et surtout, la date d'examen par l'une des sections administratives ou par l'assemblée générale n'est pas rendue publique.

Dès lors, celui qui s'adresse à la formation administrative du Conseil d'État encourt le risque que ses observations puissent ne pas être examinées par le rapporteur si

geait sur la nécessité de rendre ou non publiques les lettres d'observations adressées au Conseil constitutionnel et au Conseil d'État (*D. 2015, p. 2511*). Par un communiqué du 22 février 2017, le Conseil constitutionnel a annoncé qu'il lui était apparu opportun de porter désormais à la connaissance du public la liste des « contributions extérieures » qui lui sont adressées et que cette liste sera mise en ligne sur le site internet du Conseil constitutionnel en même temps que sa décision.

Si une semblable diffusion sur son site sera peut être envisagée par le Conseil d'État pour les lettres d'observations portant sur des projets de loi, l'indication du nom des auteurs des lettres d'observations portant sur des projets de décrets n'apparaît pas en revanche possible, car l'avis rendu par la formation consultative du Conseil d'État sur un projet de décret n'est pas public.

En tous cas, une autre facette de la transparence pourrait être renforcée si, en amont, l'information relative à la date de l'examen du texte par la section administrative concernée pouvait être une information communicable par le greffe du Conseil d'État à tous ceux qui en font la demande, dans la perspective de la production d'une lettre d'observations. ■