

La diffusion des avis consultatifs du Conseil d'État

Nicolas Charrol

Mémoire de recherche en vue de l'obtention du Master 2 Droit public fondamental

Sous la direction de Mme Sylvie Caudal, Professeure à l'Université Jean-Moulin Lyon
III, Directrice de l'Institut d'Études Administratives

Année universitaire 2015 – 2016

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

PREFACE

Le mémoire ici publié mérite incontestablement de prendre place dans la collection des « Mémoires de l'Equipe de droit public », initiée il y a maintenant douze ans par l'Equipe de droit public de Lyon (EA 666), et que perpétue avec dynamisme son directeur, le Professeur Philippe BLACHER.

Ce travail -soutenu en juin 2016- est celui du brillant major du M2 Droit public fondamental (co-accrédité entre les trois Universités Lyon 2, Lyon 3 et Saint-Etienne), M. Nicolas CHARROL. Il porte sur « *la diffusion des avis consultatifs du Conseil d'Etat* », sujet dont l'intérêt a été rehaussé par la décision prise par le Chef de l'Etat -lors de ses vœux aux corps constitués, en janvier 2015- de mettre fin à la tradition de secret entourant les avis rédigés sur les projets de loi.

C'est à dessein que M. CHARROL a utilisé le terme de « diffusion », qu'il définit comme la « mise à disposition, de tout ou partie de l'avis, à une catégorie ou à l'ensemble du public ». Car même si l'objectif est une plus grande transparence de l'action publique, le caractère non systématique et souvent partiel (aussi bien dans le contenu que dans les destinataires) de la diffusion empêche que l'on puisse parler ici de publicité ou de publication.

Toutefois ces limites, tout comme le caractère apparemment très technique de la question, ne doivent pas masquer la grande richesse du sujet, source de nombreuses interrogations pour le juriste publiciste.

D'abord, il paraît fort surprenant que ce soit un acte unilatéral du Chef de l'Etat qui contienne une telle décision, étant donné que le caractère non communicable des avis du Conseil d'Etat figure dans un texte législatif (qui est aujourd'hui l'article L. 311-5-1° du nouveau code des relations entre le public et l'administration). Par conséquent, c'est bien ce second texte, qui pose la règle du secret en la matière et qui n'a pas été modifié depuis 2015, qui continue en principe à s'appliquer. C'est pourquoi l'auteur parle -à juste titre- d'une simple « pratique » de diffusion.

Ensuite, c'est un volet beaucoup moins connu de l'action du Conseil d'Etat -sa fonction consultative- qui est ici étudié : or, historiquement première, cette fonction revêt toujours une importance majeure et se révèle délicate à qualifier. En effet, il ne s'agit pas seulement de se prononcer sur la régularité formelle et juridique du texte, mais également sur son « opportunité administrative »¹. De fait, cette participation à la confection de la norme -entre consultation et réécriture- fait du Conseil d'Etat « bien plus qu'un simple organe consultatif »².

Enfin, ce mouvement de diffusion progressive des avis du Conseil d'Etat conduit à se poser des questions aussi essentielles que délicates : quant à ses répercussions éventuelles, non seulement sur les fonctions consultatives (qui passent de l'ombre de la confidentialité à la lumière de « l'opinion juridique autorisée rendue par une institution de premier plan »³) mais également sur les fonctions contentieuses du Conseil d'Etat, ainsi que des autres juridictions (Conseil constitutionnel, juridictions judiciaires).

Il fallait toute la finesse d'analyse et la rigueur du raisonnement de M. CHARROL pour livrer un mémoire de cette qualité. Le haut niveau de ce premier travail de recherche a d'ailleurs permis à M. Nicolas CHARROL de s'engager -sous la direction du Professeur Caroline CHAMARD-HEIM- dans une thèse et d'obtenir un contrat doctoral.

Nous formons donc les vœux les plus sincères pour qu'il poursuive sa brillante ascension dans la voie universitaire.

Sylvie CAUDAL

Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon 3

Co-responsable du M2 Droit public fondamental

¹ Selon l'expression de M. Jean-Marc SAUVE lui-même, dans ses conclusions au colloque sur « L'Assemblée nationale et les avis du Conseil d'Etat », du 25 novembre 2016, p. 4 (en ligne sur le site du Conseil d'Etat).

² La formule est ici également celle de M. Jean-Marc SAUVE, p. 3, réf. préc.

³ Pour reprendre les termes de M. Nicolas CHARROL.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier Mme la professeure Sylvie Caudal en tant que directrice de ce mémoire, pour son aide et pour l'accompagnement et les conseils prodigués tout au long de cette année.

Que Mme la professeure Caroline Chamard-Heim se trouve également sincèrement remerciée pour avoir bien voulu juger ce travail.

Je tiens également à remercier l'ensemble des enseignants du Master 2 Droit public fondamental pour leur enseignement et leur disponibilité.

Enfin, je souhaite adresser des remerciements personnels à Marie-Thérèse et Dominique, pour le temps qu'ils ont bien voulu me consacrer, et à Elisabeth, pour celui qu'elle n'a pas compté.

SOMMAIRE

SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	13
TITRE 1. UNE DIFFUSION PARTIELLE DES AVIS CONSULTATIFS DU CONSEIL D'ÉTAT	25
CHAPITRE 1. LE MAINTIEN DU SECRET DES AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT	25
<i>Section 1. La mission consultative du Conseil d'État, fondement du secret des avis.....</i>	<i>25</i>
<i>Section 2. La consécration législative du principe du secret des avis consultatifs.....</i>	<i>41</i>
CHAPITRE 2. LE DEVELOPPEMENT PROGRESSIF DE LA DIFFUSION DES AVIS	51
<i>Section 1. Un périmètre de diffusion circonscrit</i>	<i>51</i>
<i>Section 2. La transparence, justification de la diffusion des avis.....</i>	<i>64</i>
TITRE 2. DES CONSEQUENCES MULTIPLES DE LA DIFFUSION DES AVIS CONSULTATIFS DU CONSEIL D'ÉTAT ...	75
CHAPITRE 1. DES IMPACTS LIMITES SUR LES AVIS CONSULTATIFS DU CONSEIL D'ÉTAT	75
<i>Section 1. Un changement notable de la fonction des avis</i>	<i>76</i>
<i>Section 2. Le maintien de la nature des avis consultatifs</i>	<i>87</i>
CHAPITRE 2. DES IMPACTS SIGNIFICATIFS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT	99
<i>Section 1. Un impact important sur la fonction contentieuse du Conseil d'État</i>	<i>99</i>
<i>Section 2. Une relation avec les autres juridictions consolidée</i>	<i>110</i>
CONCLUSION.....	123
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE	127
TABLE DES ARRETS, DECISIONS CONTENTIEUSES ET AVIS.....	135
TABLE DES MATIERES	141

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Adm.	Section de l'administration
AJDA	Actualité Juridique Droit administratif
Ass.	Assemblée du contentieux
Ass. G.	Assemblée générale du Conseil d'État
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de Cassation
CJA	Code de justice administrative
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation
D	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
Dact.	Dactylographié
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'État
Fin.	Section des finances du Conseil d'État
I.C.Q.L	International & Comparative Law Quarterly
JCP A	Juris-classeur périodique – Édition Administration et Collectivité Territoriale
JCP G	Juris-classeur périodique – Édition Générale
L.	Loi
Leb	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat
LGDJ	Librairie générale de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
N.C.C.C	Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
Prec.	précité
RA	Revue administrative
RDP	Revue du droit public et de la science politique
RJEP	Revue juridique de l'économie publique
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
Sect.	Section du contentieux
Soc.	Section sociale du Conseil d'État
Sociale	Chambre sociale de la Cour de cassation
S.S.R.	Sous sections réunies
T.C.	Tribunal des conflits
T.P.	Section des travaux publics

INTRODUCTION

Milan Kundera, dans *L'Insoutenable Légèreté de l'être*, dévoile les interstices entre deux conceptions de la vérité : « Pour Sabrina, vivre dans la vérité, ne mentir ni à soi-même ni aux autres, ce n'est possible qu'à la condition de vivre sans public. Dès lors qu'il y a un témoin à nos actes, nous nous adaptons bon gré mal gré aux yeux qui nous observent, et plus rien de ce que nous faisons n'est vrai. [...] Franz, quant à lui, est certain que dans la séparation de la vie entre domaine privé et domaine public se trouve la source de tout mensonge : on est un autre en privé et un autre en public »⁴.

Ces deux conceptions de la vérité ont été mises en exergue dans le débat relatif à la diffusion des avis du Conseil d'État. Pour les uns, c'est au nom du maintien de l'efficacité de la fonction consultative que le secret entourant les avis du Conseil d'État se justifie. La règle du secret apparaît alors comme « la condition de la nécessaire sérénité [des] délibérations »⁵. Pour les autres, c'est notamment au nom de la « transparence de l'action publique »⁶ que se justifie la publicité des avis du Conseil d'État.

Le discours du Chef de l'État du 20 janvier 2015 à l'occasion des vœux aux Corps constitués et aux bureaux des assemblées, prononcé dix jours après les attentats de *Charlie Hebdo*, tente de préciser la feuille de route adressée aux élus et fonctionnaires en réponse aux attaques terroristes. Afin de restaurer la confiance dans les institutions, « l'exemplarité républicaine »⁷ s'impose. Cette notion implique une meilleure confection des lois. Or, pour le Chef de l'État, « mieux légiférer, c'est aussi mieux préparer les projets de loi. C'est la raison pour laquelle j'ai décidé de rompre avec une tradition séculaire des secrets qui entoure les avis du Conseil d'État. Le Conseil d'État est le conseil juridique du gouvernement. Son avis est d'intérêt public et son expertise sera donc rendue publique. Le Conseil d'État, par ses avis, informera donc les citoyens, mais il éclairera aussi les débats parlementaires »⁸. Cette

⁴ M. KUNDERA, *L'insoutenable Légèreté de l'être*, in Œuvre I, Gallimard, coll. Pléiade, 2012, p. 1230.

⁵ R. DENOIX DE SAINT-MARC, in J. MASSOT et T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État*, La documentation française, 1999, p. 8.

⁶ P. GONOD, « La publicité des avis du Conseil d'État », *A.J.D.A* 2015, p. 369.

⁷ F. HOLLANDE, Discours à l'occasion des vœux aux Corps constitués et aux bureaux des Assemblées, prononcé le 20 janvier 2015, <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-a-l-occasion-des-v-ux-aux-corps-constitues-et-aux-bureaux-des-assemblees/> (consulté en ligne le 16 décembre 2015).

⁸ F. HOLLANDE, *prec.*

décision, « voulue par le Président de la République »⁹, fut par la suite rappelée dans le discours du 16 novembre 2015 au Parlement réuni en Congrès. Dans ce discours, le Chef de l'Etat précisa que le projet de révision de la Constitution serait soumis au Conseil d'État et que « cet avis sera rendu public et [qu'il en tirera] toutes les conséquences »¹⁰.

C'est à partir du 19 mars 2015¹¹ que les avis sur les projets de loi furent intégrés aux dossiers législatifs remis aux parlementaires, et ce faisant, rendus publics. La communication partielle des avis du Conseil d'État rompt avec la discrétion, voire même avec le secret, qui les entourait. Et bien que la salle de l'assemblée générale du Conseil d'État ne dispose point de fenêtres, c'est désormais à la lumière du jour que sont rendus ces avis.

Étant historiquement, et se concevant toujours comme un organe au service du Gouvernement, le Conseil d'État justifiait la nécessité du secret des avis par son rôle. Le Conseil d'État, auparavant Conseil du roi, se concevait d'abord comme un organe de gouvernement, composante de l'administration active. Ce n'est qu'à la suite de la constitution de l'an VIII¹² que le Conseil d'État vu le jour sous sa forme actuelle. Décentré vis-à-vis de l'administration, il devint alors un véritable conseiller : n'étant plus titulaire d'un pouvoir de décision, il pouvait alors rendre des avis.

D'un point de vue conceptuel, il semble que la notion d'avis peut être appréhendée sans difficulté : « l'avis est l'expression d'une opinion »¹³. Le développement de la société de l'information et des réseaux sociaux fait apparaître l'importance quantitative de la production d'avis. Le site internet du journal britannique *The Guardian* notait ainsi qu'entre 1999 et 2016, plus de 70 millions de commentaires avaient été déposés en ligne¹⁴. Un même phénomène d'inflation des avis apparaît dans le domaine juridique. Ceci est dû, notamment, à une mutation de la conception du politique et de son rôle. Le politique, sans verser jusqu'à la thèse de l'impérité, s'en remettrait davantage aux « sages »¹⁵ et tenterait, par le recours à la

⁹ J.-M. SAUVÉ, « Vœux du vice-président aux membres et agents du Conseil d'État », Discours prononcé le 18 janvier 2016 à la Conciergerie de Paris, <http://www.conseil-etat.fr/content/download/54284/480080/version/1/file/2016-01-18%20V%C5%93ux%20du%20Conseil%20d%20Etat%202016.pdf> (consulté en ligne le 6 avril 2016).

¹⁰ F. HOLLANDE, Discours du Président de la République devant le Parlement réuni en Congrès, prononcé le 16 novembre 2015, <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-du-president-de-la-republique-devant-le-parlement-reuni-en-congres-3/> (consulté en ligne le 31 mai 2016).

¹¹ V. Site legifrance.gouv.fr, section « Droit français », rubrique « Avis du Conseil d'État rendus sur les projets de loi », lien « Contenu » : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Les-avis-du-Conseil-d-Etat-rendus-sur-les-projets-de-loi/Contenu-de-la-rubrique>.

¹² Constitution du 22 Frimaire an VIII (13 décembre 1799).

¹³ H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État, bilan de synthèse », R.F.D.A., 2009, p. 895.

¹⁴ <https://www.theguardian.com/technology/2016/apr/12/how-we-analysed-70m-comments-guardian-website> [consulté en ligne le 16 juin 2016].

¹⁵ V. Y. GAUDEMET et al., *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2008, 3ème ed., p. 202.

consultation, de limiter sa responsabilité¹⁶. Cette « inondation, voire [même] submersion »¹⁷ du nombre d'avis rendus, met au jour des techniques et procédures très variées. De la consultation de comités *ad hoc*, aux organismes permanents, intervenant en amont de l'action publique¹⁸, ou au contraire en la contrôlant¹⁹, les avis, comme les organismes consultatifs sont multiples. Mais au-delà de la multitude, il convient de dégager l'unité.

Négativement, tout d'abord, un avis n'est pas un *rescrit*, c'est-à-dire qu'il n'est pas « une réponse formelle de l'Administration sur l'interprétation d'une norme pour son application à une situation de fait ou une opération projetée, par laquelle elle est liée »²⁰. L'avis apparaît ainsi comme étant rendu par un organisme distinct de la personne qui prend la décision. Par ailleurs, l'avis est par nature non contraignant.

Un avis n'est pas une *proposition*. Une proposition vise avant tout à la suggestion d'une action qu'à la véritable détermination de celle-ci. L'avis doit donc, en creux, servir utilement son commanditaire : qu'il s'agisse d'un projet de texte dont la régularité doit être questionnée, ou d'une question de droit, l'avis doit servir l'action. Il se place ainsi à la « frontière de la consultation et de la décision »²¹. Dès lors, il doit toujours être une réponse « donnée à une sollicitation »²², et ne saurait être spontané.

Positivement, « l'avis peut donc se définir comme une formalité de procédure comportant l'expression d'une opinion ou l'expression cohérente d'opinions diverses et destiné à éclairer une autorité sur le principe ou les modalités de l'exercice de sa compétence »²³. Il s'agit d'une « opinion autorisée »²⁴, non normative²⁵, une délibération intellectuelle formalisée visant à informer, démontrer, focaliser l'attention du destinataire de

¹⁶ V. R. DORANDEU, « Les motifs du développement des avis », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, prec., p. 95 à 100.

¹⁷ T. REVET, prec., p. 2.

¹⁸ Le Conseil économique, social, et environnemental a ainsi des fonctions de conseils qui portent ou bien sur des projets de loi, ou bien de façon plus générale, sur des questions à la demande du Gouvernement ou du Parlement (art. 69 et 70 de la Constitution).

¹⁹ La Commission d'accès aux documents administratifs est saisie pour avis à la demande de requérant qui s'est vu opposé un refus de communication d'un document administratif par l'administration. Elle doit nécessairement être saisie en préalable à un recours contentieux (Art. 20 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal).

²⁰ H. HOEPFFNER, prec., p. 898.

²¹ M. LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », R.F.D.A., 1992, p. 787.

²² H. HOEPFFNER, prec., p. 897.

²³ J.-M AUBY, « Le régime juridique des avis dans la procédure administrative », A.J.D.A., p. 54.

²⁴ T. REVET, « Rapport introductif », in T. REVET (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998, p. 1.

²⁵ Bien qu'il existe des avis impératifs ou conformes. Ces avis sont rendus à la sollicitation du commanditaire est prévus par un texte. Ce dernier, après réception de l'avis, peut soit agir conformément à l'avis rendu, soit décider de ne pas agir. V. H. BELRHALI-BERNARD, « Les avis conformes du Conseil d'État », A.J.D.A., 2008, p. 1181.

l'avis sur une question relative à l'action publique ou sur un texte qu'elle doit adopter. Les avis ont ainsi une finalité, *largo sensu*, d'orientation des comportements²⁶.

Au-delà de sa fonction contentieuse, le Conseil d'État est un organe consultatif. Si sa première fonction est plus connue, et si le nombre des requêtes traitées dépasse largement l'activité consultative du Conseil²⁷, il n'en reste pas moins que la « première fonction du Conseil d'État fut consultative »²⁸. Au côté d'abord du Gouvernement, le Conseil d'État a traversé, impavide, l'histoire française. Du Conseil du Roi au Conseil d'État, il demeure le gardien d'une certaine conception du droit. Désormais au service des pouvoirs publics²⁹, sa fonction consultative est constitutionnellement protégée³⁰.

La présence à la tête de l'État d'un conseil chargé tout à la fois de fonctions consultatives et contentieuses n'est pas une spécificité française. Du Conseil d'État belge au *Raad van State* néerlandais, en passant par le *Consiglio di Stato* ou le Conseil d'État grec, beaucoup de ces pays connaissent ce dualisme fonctionnel. Par-delà la Méditerranée, l'Algérie dispose d'un Conseil d'État depuis 1998³¹, le Sénégal depuis 1992³². La Tunisie, la Turquie, l'Égypte, le Liban, mais aussi la Centrafrique ou le Gabon disposent également à la tête de l'État d'un Conseil organisé selon un principe du dualisme fonctionnel.

D'autres modèles existent : certains Conseils d'État ne disposent que de fonctions consultatives, comme en Espagne, avec le *Consejo de Estado*, ou désormais au Luxembourg³³. D'autres pays possèdent des systèmes mixtes : plusieurs organes peuvent ainsi être chargés soit exclusivement, soit en commun avec des fonctions contentieuses, de rendre des avis. C'est le cas de la Suède : le *Lagrådet*, composé de membres des cours suprêmes, est chargé de rendre des avis sur les projets de loi, tandis que la *Högsta förvaltningsdomstolen*, en

²⁶ Contrairement à ce qu'affirme le Conseil d'État dans son rapport, l'avis a pour objet même d'orienter l'action publique. V. *Le droit souple*, EDCE, 2013, p. 61 et s.

²⁷ En 2015, le Conseil d'État a rendu 9918 décisions. Il a examiné 1250 projets et propositions de textes et questions administratives. Conseil d'État, Rapport public annuel, La documentation française, 2016, p. 35 et 394.

²⁸ M. LONG, préface, in Y. GAUDEMET et al., *Les grands avis du Conseil d'État*, prec., p. 3.

²⁹ La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 modifia l'article 39 de la Constitution : « Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose. ».

³⁰ Art. 39 de la Constitution dispose : « Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. ». V. CC, 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers généraux et des représentants du parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, n° 2003-468 DC.

³¹ Loi du 30 mai 1998.

³² Loi du 30 mai 1992.

³³ Depuis la réforme du 12 juillet 1996, à la suite de l'affaire Procola de 1995 (CEDH, 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, req. n° 14570/89).

tant que Cour administrative suprême, rend des avis sur les questions des ministres relatives à l'organisation administrative.

Au sein du Conseil d'État français, des sections administratives, ainsi que l'assemblée générale et une commission permanente sont chargées du travail consultatif. Il existe actuellement six sections administratives au sein du Conseil³⁴ : l'intérieur, les finances, les travaux publics, la section sociale, la section de l'administration³⁵ et la section du rapport et des études. En dehors de cette dernière section, qui n'a pas un rôle purement consultatif, les textes et les questions sont examinés par ces sections en fonction de leur domaine de compétence fixé par arrêté du Premier ministre, pris après proposition du vice-président du Conseil d'État³⁶.

Tout au long de l'histoire, le Conseil d'État a été chargé de différentes fonctions consultatives, dont l'étendue a pu varier. De sa faculté d'interpréter les lois³⁷, donnant à ses avis publiés au *Bulletin des Lois* et ratifiés par l'Empereur, force légale, il ne reste que des traces, que l'on peut découvrir au fil des décisions³⁸.

Aujourd'hui, le Conseil d'État peut rendre différents types d'avis. Le Haut Conseil, peut, tout d'abord, répondre aux questions des ministres. Il peut également répondre aux demandes de certaines autorités de Nouvelle-Calédonie³⁹. Conseiller de l'action du gouvernement, il est également consulté sur des projets de texte. Aux termes mêmes du code de justice administrative, « le Conseil d'État participe à la confection des lois »⁴⁰, en veillant tant à la régularité qu'à l'opportunité des projets de loi. « Au service de la qualité des normes et de l'Etat de droit »⁴¹, le Conseil d'État peut être également consulté sur les projets réglementaires ou non réglementaires. Il vérifie la qualité du texte, participant ainsi à

³⁴ R. 132-2 du code de justice administrative.

³⁵ Créé par le décret n° 2008-225, du 6 mars 2008.

³⁶ Art. R. 123-3 du code de justice administrative.

³⁷ Art. 11 du règlement du 5 nivôse an VIII : « le Conseil d'Etat développe le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les conseils, des questions qui leur ont été présenté ».

³⁸ V. pour une utilisation récente, Cass., Crim., 3 mai 1995, pourvoi n° 95-80725, Bull. Crim., n°161.

³⁹ Art. 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 : « Le président du gouvernement, le président du congrès, le président du sénat coutumier ou le président d'une assemblée de province peut saisir le tribunal administratif d'une demande d'avis. Il en informe immédiatement le haut-commissaire. Le haut-commissaire peut saisir le tribunal administratif d'une demande d'avis. Il en informe immédiatement les autorités mentionnées au premier alinéa. Lorsqu'elle porte sur la répartition des compétences entre l'Etat, la Nouvelle-Calédonie, les provinces ou les communes, la demande d'avis est examinée par le Conseil d'Etat auquel elle est transmise sans délai. ».

⁴⁰ L. 112-1 du code de justice administrative : « Le Conseil d'Etat participe à la confection des lois et ordonnances. Il est saisi par le Premier ministre des projets établis par le Gouvernement. ».

⁴¹ J.-M. SAUVÉ, « Conseiller les pouvoirs publics : le rôle consultatif du Conseil d'Etat de France », Discours prononcé le lundi 2 mars 2015, Faculté de droit de l'université de Ljubjana, http://www.conseil-etat.fr/content/download/40402/349957/version/2/file/2015-02-03%20role%20consultatif%20du%20Conseil%20d%20etat_Slovenie.pdf (consulté en ligne le 16 décembre 2015).

l'amélioration de la qualité de l'administration⁴². Enfin, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Haut Conseil peut être saisi par le président d'une assemblée sur les propositions de loi⁴³. Le Conseil d'État est également saisi obligatoirement pour avis sur les « lois du pays »⁴⁴ néo-calédoniennes.

Au-delà de ces avis *consultatifs*, le Conseil d'État dispose de compétences consultatives qui dépassent le cadre de notre étude.

C'est le cas, tout d'abord, des avis *contentieux*, préalables à une décision de justice. Le code de justice administrative précise ainsi qu'« avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'Etat »⁴⁵. Cette procédure permet à une juridiction inférieure de saisir la juridiction suprême. Elle conduit à la création d'avis, et ce fait, certains auteurs précisent que ces derniers doivent être classés parmi les avis consultatifs, formant un ensemble homogène avec les avis rendus sur les questions de droit. Jean Goudrou note ainsi que, sur tous ces avis, le Conseil est saisi de l'examen de questions – et non pas de textes –, dont les réponses ne sont pas strictement juridiques, et qui témoignent d'une « déconnexion avec l'activité juridictionnelle »⁴⁶. Pour autant, l'avis contentieux n'est pas un avis consultatif du Conseil d'État dès lors qu'il revient à la section du contentieux, *in concreto*, de répondre à la question.

De même, les recours en interprétation⁴⁷, consistant pour le juge administratif à se prononcer sur le sens d'un acte administratif obscur sans pour autant apprécier sa légalité pourraient être considérés comme des avis consultatifs. Ceci d'autant plus que les ministres sont également recevables à les exercer⁴⁸. Le commissaire du gouvernement Jean Romieu

⁴² L. 112-1 du code de justice administrative : « Le Conseil d'Etat donne son avis sur les projets de décrets et sur tout autre projet de texte pour lesquels son intervention est prévue par les dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires ou qui lui sont soumis par le Gouvernement. ».

⁴³ Art. 39 de la Constitution : « Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose. ». Art. L. 112-1 du code de justice administrative : « Le Conseil d'Etat émet un avis sur les propositions de loi, déposées sur le bureau d'une assemblée parlementaire et non encore examinées en commission, dont il est saisi par le président de cette assemblée. ».

⁴⁴ Article 100 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999.

⁴⁵ L. 113-1 du code de justice administrative.

⁴⁶ J. GOUDROU, « L'avis du Conseil d'État sur une question de droit », in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 194.

⁴⁷ CE, 5 juillet 1857, Ville de Moulins, Leb. p. 577.

⁴⁸ CE, 22 février 1895, Ministre de l'intérieur c/ Ville de St-Quentin, Leb. p.173, concl. Romieu.

présentait d'ailleurs ces procédures comme des « consultations contentieuses »⁴⁹. Pour autant, dès lors que le recours en interprétation est avant tout un procédé juridictionnel, examiné par le juge administratif, pouvant même faire intervenir des parties, il n'est pas à proprement parlé un avis consultatif.

De plus, les mesures visant à l'exécution des décisions de justice, même si elles sont examinées par la section du rapport et des études du Conseil d'État ne sont pas des avis consultatifs. La section analyse en effet pour l'administration les conséquences et les mesures à prendre pour exécuter une décision de justice. Elle peut, par ailleurs, être saisie par un justiciable faisant face à une difficulté d'exécution de sa décision. Dès lors, de telles mesures apparaissent davantage comme étant des auxiliaires au contentieux administratif que comme des fonctions purement consultatives.

Enfin, les études rendues par le Conseil d'État, consistant à ce que « de sa propre initiative, [il appelle] l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général »⁵⁰ ne nous apparaissent pas comme relevant des avis consultatifs du Conseil d'État : ces avis sont spontanés, et témoignent de la fonction de proposition du Haut Conseil.

Malgré l'importance des avis du Conseil dans le fonctionnement institutionnel français, les avis sont relativement peu étudiés par la doctrine. Le secret qui les entoure en est sans doute la raison. Devenu au fil du temps une règle traditionnelle, voire même un principe, dans l'exercice des fonctions consultatives, « ce mutisme n'est ainsi, pour ce corps, qu'un aspect de son loyalisme »⁵¹. Sa justification repose sur la volonté de maintenir un « espace neutre » dans lequel il peut ainsi, le plus librement possible, éclairer les titulaires du pouvoir.

Mais à ce mutisme s'opposent les tumultes issus de la démocratie et des volontés de transparence. Les voix tant des parlementaires⁵², que de la doctrine – Maurice Hauriou, dès 1933, notait que « le seul regret que l'on puisse exprimer, c'est que [c]es avis ne soient pas régulièrement recueillis et publiés comme le sont [c]es arrêts au contentieux »⁵³ - que du

⁴⁹ CE, 1895, *Ministre de l'intérieur c/ Ville de St-Quentin*, prec.

⁵⁰ L. 112-3 du code de justice administrative.

⁵¹ R. LATOURNERIE, « Qu'est-ce que le Conseil d'État », R.A., 1960, p. 585.

⁵² V. en ce sens, Réponse à une question parlementaire, R.D.P. 1984, p. 463.

⁵³ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12ème ed., 2002, Dalloz, p. 161.

grand public, expriment une volonté d'une plus grande transparence de l'action publique. Cela n'épargne pas la fonction consultative du Conseil d'État.

Ces voix sont d'autant plus audibles que l'exigence de transparence administrative se renforce depuis près de 40 ans, et qu'il apparaît de plus en plus difficile, dans une société de communication, de justifier que des documents, au service du corps de l'Etat, puissent encore être secrets.

Le Conseil d'État demeure dans une position relativement instable : d'un côté, il ne souhaite pas modifier les rapports de sa collaboration avec les pouvoirs publics ; de l'autre, le secret entourant sa fonction consultative devient de plus en plus intenable.

Depuis la fin des années soixante-dix, les avis sont de plus en plus rendus publics, notamment par l'intermédiaire du rapport public annuel du Conseil d'État. Plus près d'être une rupture qu'une évolution, l'année 2015 a été le tournant dans la mutation du principe du secret des avis. Le 15 janvier 2015, le Chef de l'État annonçait la fin du secret des avis rendus sur les projets de loi. Le 25 janvier, après plus de deux ans de travail, le Conseil d'État lançait son application *Consiliaweb* permettant d'accéder à plus de 3 500 avis rendus entre 1947 et 2016.

A l'espace neutre succède l'espace public, que Jürgen Habermas a théorisé. Pour lui, l'État absolutiste finit là où émerge un espace public. Celui-ci, est composé de documents diffusés, c'est-à-dire utilisables par tous, ce qui fait émerger corrélativement une vision critique du politique, fondée sur la raison, et la notion d'intérêt général⁵⁴.

Si le secret des avis est traditionnellement relié à la mission du Conseil – c'est la même justification qui guide le Conseil d'État du Mali⁵⁵ à ne pas diffuser ses avis – d'autres organismes communiquent plus largement leurs avis. Le *Lagrâdet*, par exemple, les publie par principe⁵⁶. Le Conseil d'État belge ne les publie pas, mais le Gouvernement est tenu de les communiquer à toute personne qui en fait la demande, de publier les avis relatifs aux projets

⁵⁴ J. HABERMAS, *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1978, 324 p.

⁵⁵ L. BASTIDE, « Le rôle consultatif de la cour suprême », RA 1999, p.10 à 12.

⁵⁶ Site internet de l'institution : <http://www.lagradet.se/>.

de loi dans les dossiers parlementaires, et de joindre aux dossiers contentieux les avis rendus par le Conseil d'État sur le texte soumis à son contrôle, que le requérant pourra consulter⁵⁷.

Face à ces questions sensibles, il faut tout d'abord éviter un premier écueil. Comment qualifier ce mouvement de plus grand accès aux avis ?

Il nous semble que le terme de publication ne convient pas pour décrire ce phénomène. En droit, la publication est en effet liée à la force juridique d'un texte, à son opposabilité. Comme le note Pascale Deumier, « La doctrine a établi une sorte de connexion intellectuelle entre la publication de la loi et la justification de son caractère obligatoire »⁵⁸. Or, les avis étant par nature non-normatifs, et la diffusion n'entraînant pas l'opposabilité de l'avis, l'utilisation de ce terme prête à confusion.

Peut-on parler de publicité des avis ? C'est le choix de certains auteurs⁵⁹. La publicité se définit comme « l'action de rendre une chose publique, de la porter à la connaissance de tous ; [c'est aussi le] résultat de cette action. »⁶⁰. Or, il apparaît que les avis, même s'ils ne sont plus secrets, ne sont pas nécessairement connus de tous. Ceci peut être le cas, par exemple, des avis sur les propositions de loi, qui appartiennent au président de l'assemblée qui en a fait la demande. S'ils sont connus par l'auteur de la proposition, ils ne le sont pas nécessairement par le reste des parlementaires ou par le grand public⁶¹. De même, certains avis ne sont pas diffusés *in extenso* : c'est le cas des avis sur les projets de décrets, qui peuvent faire l'objet d'un résumé au sein du rapport public annuel du Conseil d'État. Par ailleurs, la publicité peut signifier aussi l'opposabilité. Tel est le cas, par exemple, des mesures de publicité foncières, qui lorsqu'elles ont été correctement effectuées, sont opposables aux tiers.

Si le terme de publicité ne peut donc pas correspondre à notre étude, le terme de diffusion, au contraire apparaît suffisamment plastique pour permettre de décrire au mieux ce mouvement.

⁵⁷ Site internet du Conseil d'État belge : <http://www.raadvst-consetat.be/?action=doc&doc=1010>, p. 25.

⁵⁸ P. DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », LPA, 2000, n° 46.

⁵⁹ P. GONOD, « La publicité des avis du Conseil d'État », A.J.D.A 2015, p. 369 à 371 ; J.-M. SAUVÉ, « Vœux du vice-président aux membres et agents du Conseil d'État », Discours prononcé le 18 janvier 2015 à la Conciergerie de Paris, <http://www.conseil-etat.fr/content/download/54284/480080/version/1/file/2016-01-18%20V%C5%93ux%20du%20Conseil%20d%20Etat%202016.pdf> (consulté en ligne le 6 avril 2016).

⁶⁰ Dictionnaire de l'Académie française, 9e ed., entrée « publicité ».

⁶¹ V. le traitement de l'avis sur la proposition de loi déposé par E. DOLIGÉ, Proposition de loi sur la simplification du fonctionnement des collectivités territoriales, n° 779, déposé le 4 août 2011.

Dans la doctrine, le terme de « diffusion » est utilisé avant tout comme un synonyme de publicité, voire de publication⁶². Pour d'autres, la diffusion ne concerne que les textes rendus publics par le biais d'internet⁶³.

Il existe plusieurs tentatives de définition de la diffusion. La diffusion peut ainsi se définir comme « l'action de répandre, de propager dans le public ; action de faire connaître par voie de presse. *La diffusion d'une information. La diffusion de cette nouvelle a été réservée aux spécialistes. La diffusion d'une doctrine politique* »⁶⁴. La diffusion, dès lors qu'elle décrit un mouvement plus qu'un état de fait, semble particulièrement appropriée à notre sujet. Par ailleurs, la diffusion peut aussi indiquer, pour certains auteurs, une position active de transmission de la connaissance⁶⁵ : « Il y a, dans la diffusion, une volonté pédagogique d'enseigner quelque chose, et aussi une exigence, que l'on peut dire démocratique »⁶⁶.

Le terme de diffusion a pu ainsi être employé pour différencier la diffusion de la jurisprudence face à la publication de la loi.⁶⁷ En ce qui concerne les avis du Conseil d'État, ce terme a déjà été utilisé par la doctrine⁶⁸.

Nous entendrons le terme de diffusion dans un sens large : comme toute mise à disposition, de tout ou partie de l'avis, à une catégorie ou à l'ensemble du public.

Ce mouvement de diffusion soulève des questions essentielles : Quelle est l'étendue réelle de la diffusion des avis ? Si le secret des avis se justifie intrinsèquement par la nature du Conseil d'État, organe au service des pouvoirs publics, la fin du secret implique-t-elle un renouveau des fonctions consultatives ? Quelles sont les conséquences de ces dévoilements ?

⁶² François Terré parle ainsi généralement de « diffusion du droit ». F. TERRE, Introduction générale au droit, Dalloz, coll. Précis, 8ème ed., 2009, p. 371 et ss.

⁶³ R. ENCINAS DE MUÑAGORRI, Introduction générale au droit, ed. Champs Université, 4ème ed., 2015, p. 190.

⁶⁴ Dictionnaire de l'Académie française, 9e ed., entrée « diffusion ».

⁶⁵ V. en ce sens : L. CLUZEL-METAYER, Le service public et l'exigence de qualité, ed. Dalloz, 2006, p. 257.

⁶⁶ J.-M. Pontier, « Une nouvelle source d'interrogations et de réflexion à propos de la juridiction administrative : la diffusion de sa production », in J. LEGER et J.-M. Pontier, Juridiction administrative, diffusion de sa production, PUF Aix Marseille, 2011, p. 23 ; en sens inverse, V. O. RENAUDIE, « La communication du juge administratif à l'égard du grand public », in Les figures du juge administratif, 2015, p. 127.

⁶⁷ J.-H. STAHL, A. COURREGES, « Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », R.F.D.A., 2004, p. 452.

⁶⁸ P. CROQC, « Elaboration et diffusion des avis », in T. REVET (dir.), L'inflation des avis en droit, Economica, 1998, p. 73 ; J.-M. PONTIER, prec., p. 41 ; E. SAGALOVITSCH, « De l'équité des procès des actes pris après avis du Conseil d'État », A.J.D.A., 2015, p. 2129 ; J.-M. SAUVE, « Exposé de synthèse », in L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État, 2011, Dalloz, p. 127 ; J. GOUDROU, prec., p. 200

La diffusion des avis, parce qu'elle bouleverse la fonction consultative du Conseil d'État, est un thème sensible. L'étude de ces questions permettra, au-delà de la diffusion, de mieux appréhender la mission du Conseil d'État et sa nature, tant dans ses fonctions consultatives, que sur leurs répercussions sur les fonctions contentieuses. A travers une étude historique, positive et théorique de la fonction consultative du Haut Conseil, nous tenterons de démontrer qu'en l'état actuel du droit et des pratiques, la règle du secret des avis demeure, même si un mouvement de diffusion des avis progresse (**Titre 1**).

Il conviendra alors d'analyser les conséquences, déjà présentes ou à venir, tant sur le Conseil d'État que sur les avis, de la diffusion. Cette analyse fera apparaître que la diffusion des avis impacte les fonctions des avis, les fonctions contentieuses du Conseil d'État, et ses relations avec les autres juridictions (**Titre 2**).

TITRE 1. UNE DIFFUSION PARTIELLE DES AVIS CONSULTATIFS DU CONSEIL D'ÉTAT

On ne peut que constater le développement de la diffusion des avis du Conseil d'État, et ce, même s'il ne concerne pas tous les avis. Comme le note Jean-Marc Sauvé, « les portes des formations consultatives ne s'entrouvrent qu'avec parcimonie et, sur elles, se pose le regard sinon suspicieux, du moins extérieur d'une démocratie soucieuse de transparence, de consultation publique et de participation directe »⁶⁹.

Progressivement, de plus en plus d'avis du Conseil sont rendus publics : certaines catégories d'avis sont ainsi totalement accessibles. Pour autant, si ces pratiques se multiplient, le principe de secret des avis demeure. Le maintien du secret des avis consultatifs du Conseil d'État reste la règle (**Chapitre 1**), même si de plus en plus d'exceptions témoignent de la mise en place d'une diffusion des avis du Conseil d'État (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Le maintien du secret des avis du Conseil d'État

Le maintien du secret des avis consultatifs du Conseil d'État trouve son origine non pas au sein d'une règle juridique mais dans une pratique, dont la justification semble être la mission du Conseil d'État. Règle traditionnelle, qui semble encore défendue par les membres du Conseil, le secret des avis est présenté comme un moyen de garantir la liberté du Conseil d'État, et donc de permettre une fonction consultative efficace (**Section 1**). Depuis, la loi a consacré cette pratique (**Section 2**).

Section 1. La mission consultative du Conseil d'État, fondement du secret des avis

Traditionnellement, le Conseil d'État est un conseil de l'exécutif. Il est pourtant devenu, au fil des réformes engagées, un conseil des pouvoirs publics (**Paragraphe 1**). Sa mission consultative, au service de l'exécutif, et des autres pouvoirs publics, ainsi que la procédure mise en œuvre pour l'étude de ses avis, renforcent la justification de l'absence de diffusion des avis (**Paragraphe 2**).

⁶⁹ J.-M. SAUVÉ, « Conseiller les pouvoirs publics : le rôle du Conseil d'État de France », prec., p. 1.

§1. Le Conseil d'État, conseiller des pouvoirs publics

Si le Conseil d'État est essentiellement un conseiller du gouvernement (A), ses missions ont évolué. Saisi par le Parlement, il peut ainsi rendre des avis sur les propositions de loi, sur les projets et propositions de loi du Pays, ou encore sur saisine du Défenseur des droits, sur son domaine de compétence. La mutation de son office fait désormais de lui un conseiller des pouvoirs publics (B).

A) La mission de conseil du gouvernement : première mission du Conseil d'État

Le Conseil d'Etat est avant tout un conseiller du gouvernement. Avant même sa création par la constitution du 22 Frimaire an VIII⁷⁰, le Conseil du Roi⁷¹, sous l'ancien régime, avait pour mission de conseiller le gouvernement. Si cette mission de conseil au service de l'exécutif apparaît comme un trait d'union qui maintient la position du Conseil d'État, elle a pour autant évolué. Historiquement, deux modèles principaux sont à distinguer : au modèle de l'Ancien Régime, celui du Conseil du Roi, s'oppose le modèle napoléonien de Conseil d'État. Cette distinction sur le statut, le mode et l'étendue de la consultation du Conseil d'État est visible sur un des éléments les plus sensibles de la mission consultative du Conseil d'État: la saisine pour avis sur les projets et propositions de loi.

Le parangon du Conseil du Roi marque une certaine dilution de l'activité consultative dans l'administration, et plus généralement une place plus importante du Conseil d'État en tant qu'administration active. Avant de développer une fonction consultative distincte de l'exécutif, il était d'abord un véritable « rouage du pouvoir royal »⁷².

De simple formation collégiale destinée à conseiller le gouvernement, le « Conseil d'État du roi »⁷³ s'est progressivement divisé en formations restreintes. A son apogée sous ce modèle⁷⁴, le Conseil du Roi comprend trois formations : le Conseil d'En-Haut, destiné à rendre des avis sur les affaires diplomatiques ou politiques, composé de ministres et de

⁷⁰ L'article 52 de la Constitution précise que « Sous la direction des consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Les membres du Conseil d'État ont par ailleurs vocation de « porter la parole au nom du gouvernement devant le Corps législatif » (art. 53).

⁷¹ Il fut ainsi dénommé par François premier. V. Y. GAUDEMET et al., Les grands avis du Conseil d'État, Dalloz, coll. Grands avis, 2008, 3ème ed., p. 4.

⁷² Y. GAUDEMET et al., prec., p. 3.

⁷³ Y. GAUDEMET et al., prec., p. 4.

⁷⁴ Sous Louis XIV.

personnalités de haut rang ; le Conseil des Dépêches, conçu pour traiter les affaires administratives ; et le Conseil des finances, créé à partir de 1661. Au côté de ce Conseil d'État du Roi, se trouve le « Conseil d'État privé, finances et direction », composé de conseillers d'État et de maîtres des requêtes, qui statue au contentieux. Il sera remplacé en 1790 par un Tribunal de Cassation.⁷⁵ Le Conseil d'État du Roi est donc avant tout une institution intégrée à l'administration active, qui participe le plus souvent directement à la gestion des affaires administratives.

Cette organisation du Conseil d'État, en tant qu'auxiliaire intégré du Gouvernement, sera reprise plusieurs fois au cours de l'histoire postrévolutionnaire. Sous la Restauration puis sous la monarchie de Juillet⁷⁶, le Conseil d'État reprit les fonctions qu'il exerçait en tant que Conseil du Roi, le Conseil d'État créé par Napoléon et son mode d'organisation ayant été en effet vivement critiqués⁷⁷. Des comités furent mis en place au sein des administrations, chargés de rédiger ou donner des avis sur les projets de lois ou de règlements⁷⁸. On ne confia au Conseil d'État que l'examen des « affaires administratives que le ministre juge [lui] confie »⁷⁹. Plus tard, sous la monarchie de Juillet, on tenta de centraliser la fonction consultative au sein du Conseil d'État en modifiant la procédure de consultation. Il était ainsi prévu que « tout projet de loi ou d'ordonnance portant règlement d'administration publique [ayant] été proposé dans l'un des comités du conseil d'état [sic], doit être ensuite délibéré en assemblée générale.[...]Les ordonnances ainsi délibérées peuvent toutes porter, dans leur préambule, ces mots : notre conseil d'état entendu »⁸⁰. Le Conseil d'État sous le modèle du Conseil du Roi fut donc un organe au service du gouvernement. Cependant sa fonction consultative se trouva limitée principalement du fait du rôle des comités, intégrés au sein des ministères, chargés de rédiger et de rendre des avis sur différents textes.

A l'opposé du modèle du Conseil d'État du roi, le Conseil d'État napoléonien tranche par l'importance de ses fonctions consultatives. Créé en 1799⁸¹, le Conseil d'État prit une forme radicalement nouvelle. Abandonnant le système de comité, il se distingue de

⁷⁵ Y. GAUDEMET et al., *prec.*, p. 4.

⁷⁶ De 1814 à 1815 pour la Restauration et de 1830 à 1848 pour la monarchie de Juillet.

⁷⁷ « L'instrument le plus actif, le plus efficace de la tyrannie du gouvernement de Napoléon a été, sans contredit, le conseil d'état [sic] », L.-A. PICHON, *De l'état de la France sous la domination de Napoléon Bonaparte*, H. Nicolle, 1814, p. 70.

⁷⁸ Y. GAUDEMET et al., *prec.*, p. 5.

⁷⁹ Ordonnance du 23 août 1815 et Loi du 21 juillet 1845.

⁸⁰ E. LONCHAMPT, *Table décennale du Bulletin des Lois depuis le 1er Janvier 1824 jusqu'au 31 décembre 1833, 1835*, p. 229.

⁸¹ Le 13 décembre 1799 par la constitution du 22 Frimaire an VIII.

l'administration active⁸². Il est alors un « partenaire du pouvoir exécutif, [qui prodigue] au plus haut niveau des conseils techniques à un régime qui voulait entreprendre des réformes et faisait de la rationalité un principe cardinal du gouvernement »⁸³. Dès sa création, les fonctions consultatives du Conseil d'État furent renforcées, au service du pouvoir exécutif : « le Conseil d'État, à peine né, eût joué le rôle d'un véritable conseil du gouvernement »⁸⁴. Plusieurs étapes de son histoire sont à distinguer en fonction de l'étendue des compétences consultatives du Conseil d'État.

Sous les constitutions impériales, le Conseil d'État disposait de compétences consultatives étendues, dès lors qu'il prenait activement part à la confection de la loi. Sous la constitution de l'an VIII, le Conseil d'État fut chargé de « rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique »⁸⁵. Sous la constitution du 28 Floréal an XII, il fut chargé de « délibérer » sur les projets de loi⁸⁶. Le Haut Conseil pouvait également rendre des avis relatifs aux conflits d'attribution entre les juridictions administratives et judiciaires. Pendant ces deux périodes, le Conseil d'État devait être saisi pour rendre un avis sur les amendements proposés par le corps législatifs⁸⁷. Par ailleurs, les conseillers étaient également chargés de prendre la parole devant le Corps législatif pour défendre la position du gouvernement. Le Conseil d'État pouvait par ailleurs être saisi sur des questions⁸⁸ par le Gouvernement ou encore rendre des avis de portée générale et permanente sur l'interprétation de la loi. Ces actes du Conseil d'État avaient une valeur équivalente à la loi. Ils étaient publiés au Bulletin des Lois⁸⁹. De même, sous le régime de Vichy, le Conseil d'État disposait d'une importante fonction consultative.⁹⁰

⁸² Napoléon III, dans le préambule de la constitution du 14 janvier 1852 déclara que « plus un homme est haut placé, [...] plus il a besoin de conseils éclairés, consciencieux. De là la création d'un Conseil d'État, désormais véritable Conseil du gouvernement, premier rouage de notre organisation nouvelle, réunion d'hommes pratiques élaborant les projets de loi dans des commission [sic] spéciales, les discutant à huis clos, sans ostentation oratoire, en assemblée générale, et les présentant ensuite à l'acceptation du Corps législatif. ».

⁸³ Y. GAUDEMET et al., *prec.*, p. 6.

⁸⁴ L. FOUGERE (dir.), *Le Conseil d'État : son histoire à travers les documents d'époques, 1799-1974*, ed. CNRS, 1974, p. 91.

⁸⁵ Art. 52 et 53.

⁸⁶ Constitution du 22 floréal an XII, art. 75.

⁸⁷ Jusqu'en 1869, les amendements négatifs ne pouvaient pas ensuite être votés. De 1852 à 1868, il aurait ainsi été saisi de plus de 2000 amendements parlementaire, dont plus de la moitié furent rejetés. V. Y. GAUDEMET et al., *prec.*, p. 6.

⁸⁸ V. notamment l'avis du Conseil d'État en réponse à la question du Premier Consul du 2 nivôse an X, « Convient-il mieux au Gouvernement de présenter cette loi pendant la session présente ou d'attendre la session prochaine ? », cité dans L. FOUGERE (dir.), *prec.*, p. 91.

⁸⁹ L'article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII dispose ainsi que « Le Conseil d'Etat développe le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les Consuls des questions qui leur ont été présentées. ».

⁹⁰ La loi du 18 décembre 1940 précise ainsi à son article 19 que le Conseil d'État participe à la confection des lois. Il prépare et rédige les textes qui lui sont demandés et donne son avis sur les projets établis par le gouvernement.

A l'opposé de ces périodes durant lesquelles le Conseil d'État faisait la loi, sous la plupart des constitutions républicaines, le rôle consultatif du Conseil d'Etat fut réduit. Cela s'explique par l'augmentation des prérogatives du Parlement. La Constitution du 4 novembre 1848 précise ainsi que le Conseil d'État est consulté sur les projets de loi « qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura renvoyés »⁹¹. Sans consultation obligatoire, le Conseil eut à connaître peu de projets et de propositions de loi. En revanche, le Conseil conserva sa mission de conseil en ce qui concerne les règlements d'administration publique, qu'il peut rédiger après autorisation de l'Assemblée Nationale. Il disposait par ailleurs d'attributions « réglé[es] par la loi »⁹² et ses membres furent nommés par l'Assemblée Nationale. Le Conseil fut donc sous la houlette de l'Assemblée Nationale. Témoignant de sa défiance face à un Conseil vu comme l'instrument de domination de Napoléon, le législateur a ainsi réduit davantage les possibilités de consultation du Conseil d'État en créant des dérogations au principe de sa consultation notamment pour les lois urgentes⁹³. La mise en place de la IIIème république eut aussi pour effet de limiter les pouvoirs du Haut Conseiller en matière consultative. Dès le début des années 1870, l'institution fut fortement critiquée⁹⁴, le Conseil d'État étant vu comme un reliquat du modèle napoléonien. La loi du 24 mai 1872 réorganisant le Conseil d'État et le Tribunal des Conflits précisa sa compétence : il pouvait rendre un avis, sur renvoi de l'Assemblée nationale, sur les propositions de loi, et sur les projets de loi dont un décret spécial ordonne de les soumettre au Conseil d'État⁹⁵. Sa compétence était donc amoindrie, sa saisine n'étant pas obligatoire. Les lois constitutionnelles instituant la IIIème république⁹⁶ et la Constitution instaurant la IVème⁹⁷ ne font d'ailleurs même pas mention du Conseil d'État. Pour autant, la fonction consultative du Conseil d'État portant sur les règlements d'administration publique, et plus généralement sur les projets de règlements était maintenue⁹⁸. Bien que contrôlée par l'Assemblée Nationale, l'institution demeurait donc un conseil du gouvernement, puisqu'elle conservait sa mission de conseil en matière réglementaire.

⁹¹ Constitution du 4 novembre 1848, art. 75.

⁹² Art. 75.

⁹³ Loi du 3 mars 1849.

⁹⁴ Il fut ainsi remplacé par une commission provisoire du 15 septembre 1870 à août 1872.

⁹⁵ Art. 8 de la loi du 24 mai 1872 : « Le Conseil d'État donne son avis : 1/ Sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée nationale juge à propos de lui renvoyer ; 2/ sur les projets de loi préparés par le gouvernement, et qu'un décret spécial ordonne de soumettre au Conseil d'État [...] Il est appelé nécessairement à donner son avis sur les règlements d'administration publique et sur les décrets en forme de règlements d'administration publique. ».

⁹⁶ Lois constitutionnelles du 24 et 25 février 1875 et 16 juillet 1875.

⁹⁷ Constitution du 27 octobre 1946.

⁹⁸ Y. GAUDEMET et al., *prec.*, p. 11.

Cette mission de conseil de l'exécutif s'est maintenue sous la Vème République. Le Conseil d'État est toujours aujourd'hui le « conseil du gouvernement⁹⁹ ». Pour certains, le Conseil d'État participerait à l'administration active : « plutôt qu'un simple conseiller », le Conseil d'État peut « comprendre son rôle comme une véritable participation à l'administration active », car sa mission implique qu'il doit rendre les textes « efficaces, n'alourdissant pas inutilement la tâche des services publics. »¹⁰⁰

Désormais, le Conseil d'État dispose d'une compétence étendue en matière de consultation. Il est ainsi saisi pour avis sur les projets de loi. Sa compétence est fixée par la Constitution¹⁰¹, et précisée par la loi¹⁰². Saisi par le Premier ministre sur les projets de loi, il donne son avis et propose les modifications qu'il juge nécessaire. Le Conseil d'État n'a donc ni un rôle de « préparation », ni de « rédaction » des projets de loi, puisqu'il ne peut être saisi que sur un projet de loi présenté par le gouvernement. Ses avis portent principalement sur la régularité juridique, la faisabilité des dispositions prises, notamment au regard de la Constitution et du droit européen, et la qualité de rédaction. Il donne son avis sur l'opportunité administrative des textes¹⁰³, sans « empiéter sur le territoire de la décision politique »¹⁰⁴. Son contrôle peut porter également sur « l'adaptation de ses prescriptions au but poursuivi, à l'équilibre des dispositions [sans] prendre parti sur les options politiques qui commandent ses dispositions »¹⁰⁵. Il faut également noter que les projets de loi constitutionnelle sont en pratique soumis au Conseil. Bien que l'article 89¹⁰⁶ ne précise pas si les lois constitutionnelles doivent lui être soumises, certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'une véritable obligation¹⁰⁷. Les référendums de l'article 11 doivent nécessairement lui être soumis¹⁰⁸, tout comme les ordonnances¹⁰⁹. En 2015, il a ainsi rendu son avis sur 118 projets de lois ainsi que sur 68 projets d'ordonnances¹¹⁰.

⁹⁹ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15e ed., 2001, p. 450.

¹⁰⁰ A. ANDRIEUX, « Le rôle consultatif du Conseil d'État », in *Conseil d'État, livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII, 24 décembre 1949*, Recueil Sirey, 1952, p. 400.

¹⁰¹ « Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'État », art. 39§2 de la Constitution.

¹⁰² Art. L. 112-1 du code de justice administrative.

¹⁰³ P. GONOD, « L'administration et l'élaboration des normes » in *Traité de droit administratif*, t. 1, p. 536.

¹⁰⁴ L.-A. Bouvier, *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, dact., Université Pantheon Assas, 2013, p. 37.

¹⁰⁵ R. MASPÉTIOL, publié dans la revue des Deux Mondes en 1958, cité par J. Massot, « La fonction consultative du Conseil d'État », *R.A.*, 2000, n° spécial 3, p. 23.

¹⁰⁶ L'article 89 de la Constitution ne renvoie pas à l'article 39.

¹⁰⁷ V. G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, Presse de Sciences Po et Dalloz, 6ème ed., 2002, p. 550.

¹⁰⁸ L'article 11 de la Constitution précise en effet que le référendum porte sur un « projet de loi ». En tant que projet de loi il est soumis à l'avis du Conseil d'État. V. Y. GAUDEMET et al., *prec.*, p. 23.

¹⁰⁹ Art. 38 de la Constitution.

¹¹⁰ Conseil d'État, *Rapport public 2016*, p. 201.

Le Conseil d'État est saisi également sur avis pour les projets d'actes réglementaires. Ses compétences sont plus importantes car il peut même les préparer et les rédiger¹¹¹. La Constitution ne prévoit la compétence du Conseil d'État en matière de consultation dans le domaine réglementaire que pour délégaliser les textes antérieurs à la Constitution¹¹². Le Conseil d'État est néanmoins amené à connaître un nombre important de textes réglementaires. Ainsi, en 2015, il a rendu 800 avis portant sur des actes de nature réglementaire¹¹³. Cette consultation peut être prévue par la loi¹¹⁴ ou par un règlement. En l'absence de dispositions textuelles, le gouvernement est libre de consulter le Conseil d'État¹¹⁵. En revanche, il peut être contraint de le saisir, même en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires l'y obligeant, pour un texte qui vient modifier ou supprimer un autre texte pris après avis facultatif mais dont les visas laissent entendre que l'avis était obligatoire¹¹⁶. Déjà précisée dans un avis¹¹⁷, cette règle a été confirmée au contentieux¹¹⁸. Elle tire son fondement du principe de parallélisme des formes qui impose, même en l'absence de texte, qu'un décret délibéré en Conseil des ministres ne puisse être modifié que par la même autorité¹¹⁹.

Certains textes, de nature non réglementaire¹²⁰, peuvent être soumis à l'institution pour avis. Le législateur a d'ailleurs eu l'occasion d'imposer que certains de ces textes soient pris après avis conforme. Le champ des avis conforme est extrêmement hétérogène¹²¹. Par exemple, sont soumis à une telle procédure les actes visant à reconnaître les congrégations religieuses¹²², mais également certaines procédures de naturalisation¹²³ ou enfin la fixation du tarif de certaines redevances¹²⁴. Cette procédure se justifie par le fait qu'elle offre une garantie lors d'une prise de décision affectant les droits des administrés¹²⁵.

¹¹¹ Art. L. 112-1 du code de justice administrative.

¹¹² Art. 37§2 de la Constitution.

¹¹³ Conseil d'État, Rapport public 2016, p. 201.

¹¹⁴ Le Conseil constitutionnel a ainsi précisé que puisque cette consultation a pour but de venir encadrer une liberté fondamentale, le législateur est compétent pour soumettre un texte réglementaire à l'avis du Conseil d'État : CC, 20 février 1970, n° 73-76L, Nature juridique de diverses dispositions relatives à l'urbanisme, cons. 4.

¹¹⁵ Un texte réglementaire pris après un avis facultatif du Conseil d'État est visé « après avis du Conseil d'État ». Un texte pris après avis obligatoire est visé « le Conseil d'État entendu ».

¹¹⁶ mention « le Conseil d'État entendu ».

¹¹⁷ CE, Ass. G., Avis, 30 janvier 1997, n° 359.964, Avis sur la question du ministre de la fonction publique.

¹¹⁸ CE, Ass, 3 juillet 1998, n° 177248, *Syndicat national de l'environnement CFDT et a.*

¹¹⁹ CE, Sect., 27 avril 1994, n° 147203 et 148545 Epoux Allamigeon et époux Pageaux.

¹²⁰ Le Conseil constitutionnel accepte que le législateur prévoit une consultation du Conseil d'État pour la fixation de textes réglementaires si cela ne concerne que des mesures « de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » CC, 14 décembre 2006, n° 2006-544DC, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007.

¹²¹ V. H. BELRHALI-BERNARD, « Les avis conformes du Conseil d'État », A.J.D.A., 2008, p. 1181.

¹²² Art. 13 de la loi du 1er juillet 1901.

¹²³ Art. 21-23 du code civil.

¹²⁴ Art. 1519 du code général des impôts.

¹²⁵ H. BELRHALI-BERNARD, *prec.*, p. 1181.

Par ailleurs, le Conseil d'État peut être saisi pour avis sur les projets d'actes de l'Union européenne. Si dans un premier temps, le Conseil d'État était systématiquement saisi pour avis sur les questions européennes, notamment afin de se prononcer sur la nature réglementaire ou législative du projet de transposition¹²⁶, le Conseil est désormais saisi de façon facultative par le gouvernement sur les « difficultés juridiques » qui apparaissent pendant les négociations ou après la requête d'une des assemblées, si le gouvernement constate « l'opportunité d'une telle saisine »¹²⁷.

Le Conseil d'État peut être également consulté par le Gouvernement sur des questions qui lui sont soumises. Le code de justice administrative précise ainsi qu'il peut être consulté par « le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »¹²⁸. Notons que le Conseil d'État n'est saisi que par le secrétaire général du gouvernement, après accord du Premier ministre, mais au nom des ministres et sous leurs timbres.¹²⁹ Ces avis ont des missions multiples : « éclairer le Gouvernement sur la portée de dispositions anciennes ou nouvelles qui lui paraît incertaine et, plus généralement, sur toute question de droit dont la solution ne lui paraît pas évidente ; provoquer une interprétation officielle palliant une éventuelle censure juridictionnelle ultérieure ; répondre à une question qui suscite des débats dans l'opinion ».¹³⁰ Cette question ne peut porter sur une question soumise au contentieux¹³¹. Le Conseil d'État refuse également de répondre à des consultations juridiques rédigées en termes trop généraux¹³². En 2015, le Conseil d'État a ainsi rendu 32 avis de cette nature¹³³.

Par ses avis, le Conseil d'État semble bien être le conseil du gouvernement. Cette mission semble durablement l'avoir marqué, puisqu'il est toujours présenté de cette façon. Ses fonctions, au service du pouvoir exécutif, sont très développées. Pour autant, ses missions évoluent, et il semble qu'au-delà de l'exécutif, le Conseil d'État est le conseil des pouvoirs publics.

¹²⁶ Circulaire du 22 novembre 2005 relative à l'application de l'article 88-4 de la Constitution.

¹²⁷ Circulaire du 21 juin 2010.

¹²⁸ Art. L. 112-2 du code de justice administrative.

¹²⁹ Guide de légistique, Légifrance, 2014, fiche. 2.1.3., point.

¹³⁰ H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État, essai de synthèse », R.F.D.A 2009, p. 903. Sur les avis donnés sur une question qui suscite des débats dans l'opinion, v. par exemple CE, Ass, Avis, 27 novembre 1989, n° 346.893, Avis relatif à la laïcité et à l'enseignement.

¹³¹ : « La question [...] se trouve actuellement posée par une requête soumise au Conseil d'État statuant au Contentieux. Elle ne peut, dès lors, faire l'objet d'un avis. » CE, Sect., Avis, 8 décembre 1988, n° 344.158, Avis sur les conséquences de l'illégalité d'un P.O.S.

¹³² CE, Fin., 20 juin 1969, n°301.554 : « Il n'est pas de la compétence du Conseil d'État de donner une consultation générale sur un travail préparé par l'administration ».

¹³³ V. <http://www.conseil-etat.fr/bilan2015/>.

B) De nouveaux acteurs, de nouvelles missions : le Conseil d'État, conseiller des pouvoirs publics

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui inséra la possibilité de saisir le Conseil d'État pour avis sur des propositions de loi¹³⁴, a fait prendre conscience de la mutation de son rôle. Si sa mission reste toujours d'abord celle d'un Conseil du gouvernement, il est plus largement un conseil des pouvoirs publics. Cette qualification de conseiller des pouvoirs publics semble être la plus à même de recouvrir la réalité de la fonction consultative du Conseil d'État. Plus que le conseiller du gouvernement, pas simplement un « conseiller de l'Etat [c'est-à-dire] de l'exécutif et du législatif »¹³⁵, car également conseiller du parlement de Nouvelle Calédonie, le Conseil d'État est devenu plus largement une institution qui peut « donner des avis à l'ensemble des pouvoirs publics [alors même] qu'on vivait dans l'idée que le Conseil d'État était le conseil de l'exécutif »¹³⁶.

Le Conseil d'État a par le passé déjà exercé des fonctions consultatives sur les propositions de loi¹³⁷. Sous la Vème république, le nouvel article 39§5 permit au législateur de saisir le Conseil d'État pour avis sur ces propositions. Cette règle fut déployée dans la loi relative au fonctionnement des assemblées et à leurs règlements aux regards des compétences et des rôles des Parlements au sein de l'Union européenne, puis peu de temps après dans un décret¹³⁸. Cette loi modifie de façon identique les deux règlements des assemblées¹³⁹.

En ce qui concerne la procédure, cette disposition n'ouvre la saisine du Conseil qu'au président de l'assemblée concernée¹⁴⁰. L'auteur de la proposition de loi n'a donc pas la possibilité directe de le saisir. Si les relations entre le président de l'assemblée et l'auteur de

¹³⁴ Art. 39§5, « Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose. ».

¹³⁵ O. SCHRAMECK, « Rapport de la commission Ballardur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », R.D.P. 2008, p. 3 et ss.

¹³⁶ Y. GAUDEMET, « Rapport de la commission Ballardur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », R.D.P., 2008, p. 3 et ss.

¹³⁷ V. *supra*.

¹³⁸ Art. 1er de la loi n° 2009-689 du 15 juin 2009 et décret n° 2009-926.

¹³⁹ Alors même qu'il aurait été loisible au législateur de mettre en place des conditions différentes de saisines pour chacune des chambres. V. P. GONOD, « L'examen des propositions de loi par le Conseil d'État : procédure novatrice ou simple gadget ? », R.F.D.A., 2009, p. 890.

¹⁴⁰ En concordance avec l'article 39 de la Constitution.

la proposition de loi sont encadrées¹⁴¹, on doit néanmoins constater l'importance donnée au pouvoir du président de l'assemblée qui peut décider discrétionnairement de transmettre ou non la proposition de loi. D'un autre côté, le refus du parlementaire de soumettre son travail pourrait le discréditer. Pascale Gonod constate ainsi qu'« il est maintenu [...] une inégalité réelle entre, d'un côté le président d'une assemblée qui dispose d'une compétence juridique qu'il pourrait aisément détourner pour en faire un outil politique au seul profit de la majorité parlementaire, et, de l'autre, l'auteur de la proposition dont le veto sera inévitablement analysé par ses adversaires au mieux comme une sorte de frilosité susceptible de vider la légitimité autant politique que juridique de sa proposition »¹⁴². Par ailleurs, la proposition de loi ne peut être présentée (comme d'ailleurs les projets de loi) qu'avant l'examen en commission du texte et on peut regretter le fait que le Conseil d'État ne puisse être saisi après l'examen en commission (afin notamment de statuer sur l'ensemble du texte, et mieux contrôler sa cohérence face aux amendements qui ont pu être insérés). En revanche, le texte par lequel est saisi le Conseil d'État est, lui, public et cristallisé, car une telle consultation ne peut porter que sur des propositions de loi déposées, mais non encore examinées en commission.

L'utilité d'un tel procédé est soumise à débat. Pour certains, il apparaît comme un « pur gadget »¹⁴³ tandis que pour d'autre il est un instrument de rééquilibrage, permettant un meilleur respect du domaine réglementaire et législatif¹⁴⁴. Quoi qu'il en soit, il faut constater que le procédé a été peu utilisé. Ainsi en 2015, le Conseil d'État a rendu 4 avis sur les propositions de loi. Depuis 2009, et l'entrée en vigueur de ce procédé, le Conseil d'État n'a été saisi que dix-neuf fois. Le procédé est plus particulièrement utilisé devant l'Assemblée Nationale, puisque seules 3 saisines émanent du Sénat¹⁴⁵. Cela peut s'expliquer par un plus grand nombre de dépôts de propositions de loi par les députés que par les Sénateurs¹⁴⁶. La première proposition de loi ayant bénéficié de l'expertise du Conseil d'État fut déposée devant l'Assemblée Nationale par Jean-Luc Warsmann¹⁴⁷. Au Sénat, la première proposition de loi ayant bénéficié de l'expertise du Conseil d'État fut la proposition de M. Eric Doligé¹⁴⁸

¹⁴¹ Le président de l'assemblée doit informer l'auteur de la proposition de son intention de transmettre la proposition au Conseil d'État. Ce dernier dispose d'un délai de 5 jours francs pour s'y opposer. Par ailleurs, si le président de l'assemblée est le destinataire des avis rendus, il doit le communiquer à l'auteur de la proposition de loi.

¹⁴² P. GONOD, *prec.*, p. 891.

¹⁴³ P. GONOD, *prec.*, p. 894.

¹⁴⁴ V. O. SCHRAMECK, *prec.*, p. 3 et ss. ainsi que Y. JEGOUZO, « A propos de la fonction consultative du Conseil d'État », in *Juger l'administration, administrer la justice*, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, pp 505 à 518.

¹⁴⁵ Conseil d'État, Rapport public 2016, p. 202.

¹⁴⁶ Du 1er octobre 2015 au 31 mai 2016, 218 propositions de lois ont été déposées par des députés, 20 par des sénateurs. <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/statistiques-de-l-activite-parlementaire> [consulté en ligne le 4 juin 2016].

¹⁴⁷ Proposition de loi relative à la simplification et à l'amélioration de la qualité du droit, déposée le 7 août 2009.

¹⁴⁸ Proposition de loi sur la simplification du fonctionnement des collectivités territoriales, n° 779, déposée le 4 août 2011.

Au-delà du parlement, le Conseil d'État peut rendre également des avis¹⁴⁹ ou des études¹⁵⁰ à destination du Défenseur des droits, c'est-à-dire pour une autorité constitutionnelle indépendante. Si, à notre connaissance, aucun avis n'a été demandé sur une question d'interprétation du droit par le défenseur des droits, il a en revanche commandé une étude portant sur la laïcité qu'il a rendue publique¹⁵¹.

Enfin, en ce qui concerne la Nouvelle Calédonie, la loi organique de 1999¹⁵² précise à son article 100 que les projets et propositions de loi sont soumis au Conseil d'État¹⁵³. De plus, depuis 2009¹⁵⁴, le président du gouvernement, le président du congrès, du sénat coutumier ou d'une assemblée de province ainsi que le haut-commissaire peuvent saisir le tribunal administratif d'une demande d'avis. Lorsque ces avis portent sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces ou les communes, ils sont examinés par le Conseil d'État.

L'ensemble de ces évolutions montrent bien que le Conseil d'État dans sa fonction consultative n'est plus seulement un conseil du gouvernement mais un conseil des pouvoirs publics. L'enjeu d'une telle mutation est de placer le Conseil d'État au centre du processus consultatif et de faire bénéficier l'ensemble des pouvoirs publics de ses compétences, au service de la régularité juridique. S'il accueille désormais les textes ou les questions portés par d'autres acteurs que le Gouvernement, il n'en reste pas moins que les règles procédurales sont avant tout pensées par référence au Gouvernement. Ainsi, la règle du secret, si elle concernait les avis destinés au Gouvernement a été maintenue et étendue à l'ensemble de la fonction consultative du Conseil d'État.

§2. Un avis qui échappe au Conseil d'État

¹⁴⁹ Article 31 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

¹⁵⁰ Article 19 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, complété par l'article R. 123-3-1 du code de justice administrative.

¹⁵¹ V. Etude demandée par le défenseur des droits du 20 septembre 2013, http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20130909_laicite.pdf [consulté en ligne le 4 juin 2016].

¹⁵² Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

¹⁵³ Art. 100, « Les projets de loi du pays sont soumis, pour avis, au Conseil d'Etat avant leur adoption par le gouvernement délibérant en conseil. Les propositions de loi du pays sont soumises, pour avis, au Conseil d'Etat par le président du congrès avant leur première lecture. Le vote du congrès intervient après que le Conseil d'Etat a rendu son avis. ».

¹⁵⁴ Loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009, art. 52 modifiant l'art. 206 de la loi organique n° 99-209.

Le Conseil d'État n'est pas maître de la diffusion des avis qu'il rend. En ce sens, seul le destinataire de l'avis rendu pourra décider de le rendre public. L'avis du Conseil d'État lui apparaît ainsi indisponible, ce qui explique ainsi son caractère secret. Cette position doctrinale largement partagée par les membres du Conseil, trouve sa justification dans sa mission de conseil (B). Cette règle se traduit et se développe par la procédure d'élaboration des avis, dès lors que les destinataires y participent. Le Conseil d'État en tant que conseil, est donc un auxiliaire des pouvoirs publics (A)

A) La participation du destinataire de l'avis à son élaboration

Les avis rendus par le Conseil d'État témoignent, dans la procédure qui les encadre, de la posture du Palais Royal. S'ils sont bien rendus par le Conseil d'État, examinés en section, en section conjointe, en commission permanente ou par l'assemblée générale, le destinataire de l'avis participe bien au « processus de décision »¹⁵⁵.

Cette participation apparaît tout d'abord au regard de la saisine effectuée et au contenu du dossier transmis au Conseil d'État. En ce qui concerne les projets de loi et d'ordonnance, le secrétaire général du gouvernement est seul compétent pour saisir le Conseil d'État¹⁵⁶. Pour ce qui est des projets de textes réglementaires, c'est ou bien au secrétaire général du gouvernement¹⁵⁷, ou bien au ministre pilote du projet qu'il revient de saisir le vice-président du Conseil d'État.¹⁵⁸ Pour les propositions de loi, le vice-président du Conseil d'État est saisi par le président de l'assemblée concernée¹⁵⁹. Pour tous les textes concernés, le Conseil d'État doit systématiquement être le dernier à se prononcer, de sorte que son avis est rendu sur le dernier état du texte¹⁶⁰, et sur un dossier complet¹⁶¹. Le contenu du dossier est vérifié. Le

¹⁵⁵ Y. GAUDEMET et al., Les grands avis du Conseil d'État, *prec.*, p. 39.

¹⁵⁶ V. Légifrance, Guide de légistique, fiche 2.1.1.

¹⁵⁷ Celui-ci dispose d'un rôle particulièrement important lorsque le texte touche la compétence de plusieurs ministères, car c'est à lui qu'il revient d'harmoniser le texte : A. PLANTEY, « Le rôle du Conseil d'État dans la confection de la loi », in R. DRAGO (dir.), *La confection de la loi*, ed. PUF, coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p. 55.

¹⁵⁸ Si le projet de texte doit par la suite être adopté en conseil des ministères, il revient au secrétaire général du gouvernement de saisir le Conseil ; si ce n'est pas le cas, c'est au ministre pilote de le faire.

¹⁵⁹ V. *supra*.

¹⁶⁰ A propos des projets de loi : CE, Ass. G., Avis., note des 5 mars 1992, et 31 mars 1994, cité par Y. GAUDEMET et al., *prec.*, p. 34.

¹⁶¹ Le dossier qui accompagne la demande d'avis dépend du texte soumis à la consultation. Par exemple, pour un projet de loi, il doit comprendre, notamment :

- L'exposé des motifs ;
- L'étude d'impact ;
- La liste des ministres intéressés et des fonctionnaires participant à la consultation ;
- Une fiche synthétique retraçant les avis déjà émis sur le texte ;
- Une fiche présentant la nécessité de la mesure ;
- Une fiche relative à l'application outre-mer ;

Conseil d'État peut ainsi, dans son rapport public, pointer les manquements relatifs aux contenus notamment des études d'impacts accompagnant les saisines¹⁶².

Le secrétaire général du Conseil d'État détermine alors quelles sections ou sections conjointes traiteront le texte. Cette attribution revêt une importance particulière, car les points de vue des sections peuvent diverger, notamment en fonction de la personnalité du président de section¹⁶³. Le président de la section concernée va tout d'abord confier le dossier à un rapporteur. Ce rapporteur devra étudier le texte. Pour cela il pourra s'aider du dossier, demander des compléments d'informations au secrétaire général du gouvernement ou même entendre les commissaires du gouvernement ou auteurs de la proposition, chargés de présenter et défendre la position du gouvernement dans une réunion préparatoire. Le rapporteur doit alors rendre un projet de texte modifié accompagné d'une note. Le texte, tel que modifié par le rapporteur, sera seul examiné en section. Le travail en section, en principe en formation ordinaire de 7 membres, ou, si le président de la section le souhaite, en formation plénière, associe les membres de la section aux commissaires du gouvernement ou à l'auteur de la proposition de loi.

La représentation des auteurs des projets ou des propositions de loi n'obéit pas aux mêmes règles. Pour les propositions de loi, leur auteur peut intervenir devant le Conseil, et notamment participer avec voix consultative aux différentes sections et assemblée¹⁶⁴. Au contraire, le décret du 6 mars 2008 a fermé le droit aux ministres de se présenter en séance avec voix consultative. On ne peut que constater, avec Pascale Gonod, « qu'il est surprenant de voir introduire d'un côté ce que l'on s'est attaché à exclure de l'autre, à savoir la présence d'une personnalité politique aux séances consultatives »¹⁶⁵. Par ailleurs, l'auteur de la proposition de loi peut désigner des personnes pour l'assister au sein des débats¹⁶⁶. Par exemple, à propos d'une proposition de loi relative à l'engagement des sapeurs-pompiers volontaires, l'auteur de la proposition de loi avait désigné : « des représentants de la direction de la sécurité civile, de la fédération nationale des sapeurs-pompiers de France et de

- En cas de transposition de directive, un tableau de concordance des textes.

¹⁶² V. Par exemple, Conseil d'État, Rapport public 2016, p. 210, à propos d'une demande d'avis pour lequel aucune étude d'impact n'a été fournie : CE, Fin., Avis, n° 390096, Application de l'article 67 de la loi de finance pour 2015.

¹⁶³ A. PLANTEY, *prec.*, p. 55.

¹⁶⁴ L. 123-2 du code de justice administrative : « L'auteur de la proposition de loi peut produire devant le Conseil d'Etat toutes observations. Il est entendu à sa demande par le rapporteur. Il peut participer avec voix consultative aux séances au cours desquelles l'avis du Conseil d'Etat est délibéré. ».

¹⁶⁵ P. GONOD, « L'examen des propositions de loi par le Conseil d'État : procédure novatrice ou simple gadget ? », R.F.D.A 2009, p. 890.

¹⁶⁶ Art. R. 123-244-1 du code de justice administrative.

l'association des départements de France ainsi que des fonctionnaires parlementaires »¹⁶⁷. Sur ce dernier point, il faut noter qu'un droit équivalent est accordé au gouvernement, dès lors que les commissaires du gouvernement peuvent intervenir¹⁶⁸.

Le vice-président peut alors décider de présenter le texte à l'assemblée générale du Conseil d'État, en formation ordinaire¹⁶⁹ ou plénière¹⁷⁰. L'assemblée générale est en principe présidée par le vice-président, mais elle « peut-être présidée par le Premier Ministre, et, en son absence par le garde des sceaux, ministre de la justice »¹⁷¹. Cette différence est d'autant plus étonnante que le Conseil d'État n'a quasiment pas différencié les régimes d'examen des avis rendus au Gouvernement de ceux rendus aux autres pouvoirs publics. Seul le texte proposé par la section est présenté. En 2016, 65 textes ont été soumis à l'assemblée générale en 40 séances. Sur ces 40 séances, 9 ont été composées par l'assemblée générale en formation plénière¹⁷². En cas d'urgence, l'avis peut être rendu par la commission permanente.

L'avis du Conseil d'État consiste en principe en une réécriture du texte, quelquefois accompagné d'une note. Pour autant, tant les avis sur les lois du pays en Nouvelle-Calédonie que les avis sur les propositions de loi sont transmis uniquement sous forme de note. Cette note précise tout de même les modifications textuelles que propose le Conseil d'État. On constatera cependant qu'une modification profonde de la rédaction des avis se profile face à la diffusion des avis du Conseil d'État sur les projets de lois.¹⁷³

L'ensemble de cette procédure est aujourd'hui informatisée. Le logiciel S.O.L.O.N.¹⁷⁴ est désormais utilisé, à la fois entre les ministères et le secrétaire général, mais également entre le Conseil d'État et le gouvernement¹⁷⁵. Malgré la dématérialisation, le texte d'origine envoyé par le gouvernement est toujours « la rose », l'avis rendu par le Conseil d'État, « la verte ».

¹⁶⁷ MOREL-A-L'HUISSIER Pierre, Rapport n°3331 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale, de la république sur la proposition de loi (n°2977) de M. Pierre Morel-A-L'Huissier, relative à l'engagement des sapeurs-pompiers volontaires et à son cadre juridique, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3331.asp>, (consulté en ligne le 6 mai 2016).

¹⁶⁸ R. 123-24 du code de justice administrative.

¹⁶⁹ R. 123-14 du code de justice administrative : elle comprend : le vice-président du Conseil d'État, un président adjoint de la section du contentieux, les présidents adjoints des sections administratives, dix conseiller d'État, un conseiller d'État par section.

¹⁷⁰ R. 123-4 du code de justice administrative : « L'assemblée générale plénière comprend, avec voix délibérative, le vice-président du Conseil d'Etat, les présidents de section et les conseillers d'Etat. Les maîtres des requêtes et auditeurs y ont accès et voix consultative. Ils ont voix délibérative dans les affaires dont ils sont rapporteurs. ».

¹⁷¹ Art. L. 121-1 du code de justice administrative.

¹⁷² Conseil d'État, Rapport public 2016, p. 204.

¹⁷³ V. *infra*.

¹⁷⁴ Système d'Organisation en Ligne des Opérations Normatives.

¹⁷⁵ Légifrance, *Guide de légistique*, fiche 2.2.2.

On constate donc que l'avis n'est pas simplement un produit du Conseil d'État dès lors que le destinataire de l'avis y est associé à tout moment. Il présente ainsi le projet de texte et participe à sa discussion à tous les échelons.

A l'empreinte du destinataire de l'avis dans sa confection, on mesure alors que le Conseil d'État n'est pas maître des avis qu'il rend. Cette position est d'autant plus forte qu'elle est constante, à la fois au sein du Conseil d'État qu'en dehors.

B) Un avis appartenant à son destinataire

L'avis du Conseil d'État appartient à son destinataire, quel qu'il soit. Cette position, partagée à la fois par les membres du Conseil d'État et par les destinataires, est une position qui semble constante, même si son fondement semble peu identifiable, et malgré la mutation du Conseil d'État puisqu'il est désormais conseiller des pouvoirs publics au sens large.

Ainsi, en réponse à la question posée par un député quant à l'absence de publicité des avis du Conseil d'État, le Premier Ministre répondait que cette règle « correspond d'abord à l'idée que, dans ses formations administratives, le Conseil d'État est un organe directement lié au pouvoir exécutif et chargé de l'aider ; il n'a donc pas pour vocation de prendre des positions publiques. Elle répond, d'autre part, à une exigence d'efficacité : la valeur des avis du Conseil d'État dépend, dans une large mesure, de la liberté d'appréciation qu'il exerce sur les questions qui lui sont soumises, liberté qu'une instance non politique ne peut trouver qu'à l'abri de toute publicité »¹⁷⁶. Cette position a été récemment réaffirmée à l'occasion du dépôt d'un amendement d'un député qui visait à établir la communicabilité des avis du Conseil d'État sur les projets de lois et ordonnances¹⁷⁷. La secrétaire du gouvernement, en charge de la loi, s'est opposée à cet amendement au motif que « En vertu de l'article 39 de la Constitution, le Conseil d'État est le conseil juridique du Gouvernement. Il serait souhaitable que le Gouvernement conserve une certaine latitude pour fixer librement le périmètre des avis qu'il veut rendre publics »¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Question ministérielle, R.D.P., 1984, p. 463.

¹⁷⁷ V. *infra*.

¹⁷⁸ A. LEMAIRE, Compte rendu intégral des débats de l'Assemblée Nationale, 2^{ème} séance du 19 janvier 2016.

Au sein du Conseil, cette opinion est également partagée. Renaud Denoix de Saint-Marc écrivait ainsi que « Le Conseil d'Etat est le conseiller juridique du Gouvernement et de lui seul. Ses avis lui sont donc réservés à l'exclusion de tout autre destinataire et ils sont émis à huis clos, en la seule présence des représentants du ou des ministres intéressés. C'est là la condition de la nécessaire sérénité de nos délibérations »¹⁷⁹.

Le fondement de cette règle n'apparaît dans aucun texte. Ni dans le code de justice administrative, ni dans les ordonnances qui organisent le Conseil d'État. Elle semble née de la pratique et de l'idée de la sauvegarde du secret de la délibération du gouvernement¹⁸⁰. Elle a depuis été consacrée dans la loi du 17 juillet 1978¹⁸¹.

En revanche, le Conseil d'État dans sa fonction contentieuse a précisé que l'absence de communication des avis repose sur le respect du secret des délibérations du gouvernement.¹⁸² Pour certains, ce secret est également à rattacher aux obligations de discrétion et de secret professionnel qui pèsent sur les membres du Conseil d'État¹⁸³. Pour autant, outre que cette justification semble assez peu probable pour justifier le silence non pas de membre du Conseil d'État, mais de toute une institution, elle ne résiste pas à l'analyse si l'on considère que de telles obligations pèsent également sur les membres du Conseil d'État lors des attributions contentieuses, sans que ne fassent obstacle les règles relatives à la publicité des audiences et des décisions de justice. Une telle obligation protège le secret des délibérations au sein du Conseil, non pas les textes qui sont produits par celui-ci. On pourrait retenir cette solution si l'on considérait en revanche le Haut Conseiller comme étant un véritable auxiliaire du gouvernement, au sens où il serait intégré à l'administration active.

Pour la majorité, le secret des avis du Conseil d'État se justifie par son rôle de conseil du gouvernement. La nécessité de protéger les secrets des délibérations du gouvernement et le maintien de l'efficacité de la fonction consultative imposeraient le secret des avis. Cette position doit néanmoins être en partie relativisée. D'autres organismes sont saisis pour avis sur des projets de texte. C'est le cas du Conseil économique, social et environnemental¹⁸⁴,

¹⁷⁹ R. DENOIX DE SAINT-MARC, Préface, in T. GIRADOT et J. MASSOT, *Le Conseil d'État*, La documentation française, 1999, p. 8.

¹⁸⁰ Y. GAUDEMET et al., *Les grands avis du Conseil d'État*, prec., p. 48.

¹⁸¹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

¹⁸² CE, 10e et 9e S.S.R., 30/03/2016, Association France nature environnement, n° 383546 : « qu'en effet, les avis du Conseil d'Etat mentionnés par les dispositions précitées, au vu desquels le Gouvernement adopte ses textes, sont couverts par le secret de ses délibérations » v. *infra*.

¹⁸³ Y. GAUDEMET et al. prec., p. 48.

¹⁸⁴ Titre XI de la Constitution.

saisi pour avis notamment par le Gouvernement sur des projets de lois, d'ordonnances ou de décrets, et dont les plans ou projets de loi de programmation à caractère économique, social ou environnemental lui sont obligatoirement soumis. Il peut être également saisi par voie de pétition ou par le Parlement. Il apparaît que si les avis rendus après saisine par voie de pétition sont rendus publics par publication au Journal Officiel¹⁸⁵, c'est également le cas pour les autres avis rendus par le Conseil économique, social et environnemental, dont la publication est également effectuée au Journal Officiel¹⁸⁶. Ces avis sont rendus, par principe, avant ceux du Conseil d'État, et il apparaît que des considérations tenant également au maintien du secret des délibérations auraient pu conduire à refuser aux avis du Conseil économique, social et environnemental une telle publicité de leurs avis. Afin de nuancer cette position, notons tout de même la différence quant à la procédure d'élaboration des avis : si le Conseil d'État participe à l'élaboration du texte en y associant les destinataires, ce n'est pas le cas du Conseil économique, social et environnemental, qui discute, en l'absence de commissaire du gouvernement, les textes. Par ailleurs, les deux organismes ne sont pas composés de la même façon, puisque le Conseil d'État est un organe composé de fonctionnaires, tandis que le Conseil économique, social et environnemental est composé de représentants de la société civile¹⁸⁷. Enfin, ces deux consultations n'ont pas les mêmes buts, l'une ayant principalement pour objet une étude juridique, l'autre celui d'évaluer l'opportunité des mesures présentées.

En ce qui concerne les propositions de loi devant le Conseil d'État, l'avis est adressé au président de l'assemblée qui en a fait la demande¹⁸⁸. Si pour certains auteurs, c'est à l'ensemble de l'assemblée qu'appartient l'avis¹⁸⁹, la pratique fait apparaître que c'est l'auteur de la décision qui dispose en réalité de l'avis et qui peut décider de le diffuser ou non¹⁹⁰. Les avis n'appartiennent donc pas au Conseil d'État, qui ne décide pas de la diffusion des avis, laissant le champ libre au destinataire. Cette pratique, qui fut par la suite consacrée, n'est pas remise en cause par l'élargissement de la pratique de diffusion des avis du Conseil d'État.

Section 2. La consécration législative du principe du secret des avis consultatifs

¹⁸⁵ « L'avis est adressé au Premier ministre, au président de l'Assemblée nationale, au président du Sénat et au mandataire de la pétition. Il est publié au Journal officiel », art.4-1 de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958 modifiée.

¹⁸⁶ « Les avis et rapports du Conseil en assemblée sont adressés par le bureau du Premier Ministre dans le délai fixé, le cas échéant, par le Gouvernement qui en assure la publication au Journal Officiel », art. 21, ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958, confirmé par le Guide de légistique qui précise qu'il revient au secrétaire général du gouvernement de procéder à la publication des avis (fiche 2.1.3).

¹⁸⁷ V. article 7 de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 décembre 1958.

¹⁸⁸ L. 123-3 du code de justice administrative.

¹⁸⁹ V. P. GONOD, *prec.*, p. 890.

¹⁹⁰ V. *infra*.

L'absence de communication des avis consultatifs du Conseil d'État est une pratique ancienne, bien qu'elle ait connu certains tempéraments (**Paragraphe 1**). Cette pratique est devenue une règle juridique dès lors que le législateur est venu la consacrer (**Paragraphe 2**).

§1. Une pratique traditionnelle d'absence de diffusion des avis

A travers l'histoire du Conseil d'État, il est difficile de trouver une unité dans le fatras. Les textes organisant le Conseil d'État n'ont pas abordé de façon explicite le sort de la diffusion de leur avis. Ainsi, on ne trouve de dispositions relatives à ces questions ni dans l'ordonnance du 29 juin 1814, ni dans l'almanach royal de 1818, ni encore dans la loi du 24 mai 1872 ni enfin dans l'ordonnance du 31 juillet 1945. Pour autant, si la fonction consultative du Conseil d'État a pu être celle d'un véritable co-législateur, rédigeant les lois, voire devant vérifier les amendements déposés, elle reste très limitée.

La publicité des avis du Conseil d'État se pose d'abord au regard des avis sur les projets et propositions de loi (**A**). Si le Conseil d'État, du fait de ses attributions qui relevaient davantage de la détermination de la politique publique que du simple avis, rendait publics ses avis, il n'en reste pas moins que la règle d'absence de publicité apparaît comme étant ancienne. D'autres avis ont pu faire l'objet d'une publicité (**B**), bien qu'elle fut limitée, ou subordonnée à l'accord du destinataire.

A) Les avis sur les projets et propositions de loi

Par ses attributions, le Conseil d'État a participé très activement à la rédaction et aux présentations des projets de loi. Si l'on considère que ces fonctions peuvent correspondre aux missions consultatives du Conseil d'État que l'on connaît aujourd'hui, il faut préciser que les attributions du Haut Conseil étaient bien supérieures à celle dont il dispose à présent. Sous la constitution de l'an VIII, le Conseil d'État apparaissait comme un véritable « codécideur »¹⁹¹ des lois. Ainsi, le règlement du 5 nivôse an VIII précisait que « Si les Consuls approuvent la rédaction [du Conseil d'État], ils arrêtent qu'elle sera proposée au Corps Législatif. Dans ce [...] cas, le Premier Consul nomme parmi les conseillers d'État, un ou plusieurs orateurs,

¹⁹¹ Au sens de Y. GAUDEMET, « La Constitution et la fonction législative du Conseil d'État », in Mélanges Jean Foyer, PUF, 1997, p. 69 : « Retenir la thèse de la codécision, c'est considérer que l'initiative des lois n'est pas dévolue au seul premier ministre, ainsi qu'en dispose le premier alinéa d l'article 39 de la Constitution, mais bien au premier ministre sur délibération du projet de loi en conseil des ministres et après avis du Conseil d'État ».

qu'il charge de présenter le projet de loi ou d'en soutenir la discussion. Les orateurs, en présentant les projets de lois, développent des motifs de la proposition du gouvernement »¹⁹². L'avis du Conseil d'État est donc doublement connu : le texte émane directement du Conseil d'État, et la défense du projet du gouvernement est assurée par les mêmes conseillers d'État. De même dans la loi du 3 mars 1849, il apparaît clairement que l'avis du Conseil d'État est rendu public. Il peut ainsi être chargé de la rédaction des projets ou propositions de loi¹⁹³, ou de la présentation de ses avis devant les commissions et comités de l'Assemblée Nationale, à la demande de ces derniers¹⁹⁴. La publicité des avis n'est pas pour autant certaine, selon certains témoignages¹⁹⁵. En 1852, des conseillers d'État étaient également désignés pour « soutenir la discussion devant le Corps Législatif ou le Sénat »¹⁹⁶.

Si, par nature, les avis du Conseil d'État étaient donc rendu publics, il faut préciser que la fonction consultative du Conseil d'État dépassait alors les fonctions qu'il exerce aujourd'hui. Plus loin qu'une simple consultation, on peut affirmer qu'il exerçait une réelle « fonction législative »¹⁹⁷.

En dehors de ces épisodes, il semble que les avis du Conseil d'État sur les projets et propositions de loi ont toujours été secrets. On trouve ainsi, dans le serment des membres du Conseil d'État en 1814 une telle règle : « Vous jurez devant Dieu de bien et fidèlement servir le Roi en l'état et charge de conseillers d'Etat et maîtres des requêtes ; garder ses édits et ordonnances et les règlements de son Conseil ; tenir secrètes et ne révéler à personne les délibérations d'icelui [sic] et les affaires qui vous seront communiquées concernant son service [...] »¹⁹⁸. De même, en 1830, la publication du compte général de travaux du Conseil d'État a fait l'objet d'une déclaration du garde des sceaux, précisant bien le statut secret de

¹⁹² Art. 9, règlement du 5 nivôse an VIII.

¹⁹³ Loi du 3 mars 1849, article 3 : « Le Conseil d'Etat prépare et rédige des projets de loi sur les matières pour lesquelles le gouvernement réclame son initiative. Il donne son avis sur les projets d'initiative parlementaire, à l'égard desquels il est consulté par le gouvernement. ».

¹⁹⁴ Loi du 3 mars 1849, article 31 : « : Sur la demande des commissions et comités de l'Assemblée Nationale, [la section de législation] désigne des conseillers d'Etat ou des maîtres de requêtes pour exposer l'avis du Conseil d'État dans les comités ou les commissions de l'Assemblée nationale ».

¹⁹⁵ «Si les membres du Conseil d'Etat ne considéraient que leurs convenance privées, ils n'auraient pas à se plaindre de voir diminuer leurs travaux et par conséquent leur responsabilité. Le seul prix qu'ils retirent de services sans publicité est le sentiment de l'utilité que ces services peuvent avoir pour l'Etat, et si l'on n'avait pas la conscience des grands intérêts publics qui se lient à cette question, on se serait gardé de toute réflexion. » (nous soulignons), Note de M. Bouley de la Meurthe, Président du Conseil d'État, pour le ministre de la Justice, non daté, probablement d'août 1849, Archives de l'Assemblée Nationale, BB30.728, cité dans L. FOUGERE (dir.), *Le Conseil d'État : son histoire à travers les documents d'époques : 1799 – 1974*, ed. CNRS, 1974, p. 423.

¹⁹⁶ Art. 15 du décret organique du 25 janvier 1852.

¹⁹⁷ Y. GAUDEMET, « La Constitution et la fonction législative du Conseil d'État », *prec.*, p. 60.

¹⁹⁸ Séance du 3 août 1814, *Moniteur* du 4 août 1814, cité par L. FOUGERE (dir.), *prec.*, p. 219.

ces travaux¹⁹⁹. On trouve aussi sous la III^{ème} république des témoignages qui montrent que les avis étaient dans certains cas publiés par le Gouvernement et qu'ils pouvaient s'en prévaloir devant les chambres, notamment dans le cas des questions de laïcité²⁰⁰. En 1944, le conseiller Henry Puget notait que « Comme corps consultatif, le Conseil a rendu d'éminents services ; ceux-ci, accumulés dans la pénombre, privés de la publicité accordée aux arrêts sont demeurés peu connus, sauf d'un petit nombre d'initiés »²⁰¹.

Il semble donc bien que le principe du secret des avis du Conseil d'État soit ancien. Le Conseil d'État a pu ainsi participer activement à la confection de la loi. Dès lors qu'il présentait la loi au parlement et que le texte présenté en était le produit direct, sa participation ne pouvait pas se définir comme un simple avis. En revanche, en dehors de ces cas, on peut dire que, dans sa fonction strictement consultative et quelle que soit son étendu, le Conseil d'État a toujours tenu, en principe, ses avis secrets.

D'autres avis furent en revanche rendus publics, qu'il s'agisse d'avis d'interprétation de la loi, rendus publics par nature, ou d'autres avis que le destinataire décidait de communiquer.

B) Les autres avis

Sous le consulat, le Conseil d'État disposait de la compétence d'interprétation des lois²⁰². Les avis, rendus par le Conseil d'État et approuvés par l'Empereur avaient force de loi²⁰³. Juridiquement, les avis du Conseil d'État disposaient d'une telle valeur du fait de leur approbation par l'Empereur. Les juridictions judiciaires appliquaient ainsi les avis du Conseil d'État destinés à préciser des dispositions législatives, et ce de façon rétroactive²⁰⁴. Ces avis ne sont pas dénués d'intérêt car ils sont encore une source de droit. La Cour de cassation a ainsi dans la période contemporaine utilisé ces avis pour fonder la compétence de la juridiction française au motif « que l'avis du Conseil d'État du 20 novembre 1806 ayant valeur

¹⁹⁹ « Il m'a paru qu'en cette occasion, comme en toute autre, la publicité était le moyen d'éclairer l'opinion, et que le Conseil d'État ne pouvait être mieux défendu contre des attaques imprudentes et irréfléchies que par la simple exposition de ses travaux. », *Compte général des travaux du Conseil d'État et de ses comités pendant les années 1830, 1831, 1832, 1833 et 1834*, Paris, Imprimerie Royale, mars 1835, pp. III sq, cité par L. FOUGERE (dir.), *prec.*, p. 341 et ss.

²⁰⁰ L. FOUGERE (dir.), *prec.*, p. 648 et ss.

²⁰¹ H. PUGET, *Rapport au garde des sceaux*, 1944, cité par L. FOUGERE, *prec.*, p. 835.

²⁰² Article 11, Règlement du 5 nivôse an VIII : « Le Conseil d'État développe le sens de lois, sur le renvoi qui lui est fait par les Consuls des questions qui leur ont été présentées ».

²⁰³ Décision de la Cour de cassation du 30 pluviôse an XII : les avis du Conseil approuvés par l'Empereur ont « acquis dans les tribunaux la même autorité que la loi elle-même ».

²⁰⁴ Cass, Civ., 19 octobre 1908, Chaudurié.

législative attribue compétence à la juridiction française pour connaître des infractions commises à bord d'un navire battant pavillon étranger, dès lors qu'elles l'ont été dans les eaux territoriales par ou contre une personne ne faisant pas partie de l'équipage »²⁰⁵. Ces mêmes avis (4 nivôse an VIII) ont pu récemment être cités dans les conclusions du rapporteur public Geffray, relatif à l'abrogation implicite des normes contraires à une nouvelle Constitution²⁰⁶. Ces avis étaient ainsi systématiquement publiés au sein du Bulletin des lois.²⁰⁷ C'est notamment cette publication qui permet à « l'avis » du Conseil d'État d'être en réalité un texte opposable. Une telle disposition a été reprise de la loi du 16 septembre 1807 qui transfère au Conseil d'État la mission de trancher les litiges d'interprétation dans la loi dans les cas où « la Cour de cassation annule deux arrêts ou jugements en dernier ressort, rendus dans la même affaire, entre les mêmes parties, et qui ont été attaqués par le même moyen »²⁰⁸. Assurant ainsi « l'unité de la jurisprudence judiciaire »²⁰⁹, ces avis (ils étaient rendus par le Conseil d'État dans ses fonctions consultatives) devaient être appliqués par la Cour de cassation. Ces fonctions ont été supprimées par la charte constitutionnelle de 1814²¹⁰.

Si ces « avis » étaient publiés *in extenso* au sein du Bulletin des lois du fait de leur nature et des effets qu'ils produisent, d'autres avis sont rendus publics du fait de la volonté de leurs destinataires.

Ceci était déjà le cas du Conseil d'État sous l'an VIII, puisque certains avis sur les questions administratives étaient rendus publics²¹¹, avec l'accord de Bonaparte²¹² ; de même, les travaux préparatoires de la Constitution de 1958, dont « le projet soumis au Conseil d'État, l'avis de ce dernier et le compte rendu analytique de ses séances »²¹³, avait été autorisés par le Premier Ministre. Pour autant, Georges Pompidou, nouveau Premier ministre, refusa

²⁰⁵ Cass., Crim., 3 mai 1995, pourvoi n° 95-80725, Bull. Crim., n°161.

²⁰⁶ E. GEFFRAY, « L'abrogation implicite de la loi par la Charte de l'environnement », concl. Sur CE, 24 juillet 2009 n° 305314 et 305315, Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique, R.F.D.A., 2009, p. 963.

²⁰⁷ Sont par exemple référencés les avis du 28 fructidor an VIII (15 septembre 1800) à propos de la manière d'acquitter les frais de perceptions des contributions directes, ou encore l'avis du 18 prairial an XII (7 juin 1804), sur les actes de divorce faits pendant la disparition des immigrés.

²⁰⁸ V. notamment M. LESAGE, *Les interventions du législateur dans le domaine du fonctionnement de la justice*, ed. L.G.D.J., 1960, p. 49 et ss.

²⁰⁹ H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État », R.F.D.A. 2009, p. 895.

²¹⁰ Charte constitutionnelle du 4 juin 1814.

²¹¹ C. DURANT, « La coopération entre le gouvernement et le Conseil d'Etat sous le Consulat et le premier empire », Le Conseil d'Etat Livre Jubilaire, Publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII, 24 décembre 1949, p. 91 : « [Les ministres] ne pouvaient même empêcher que (vingt fois pour la seule année 1811), fussent rendus publics par le bulletin des lois, des avis du Conseil, approuvés par l'Empereur ».

²¹² L. FOUGERE (dir.), *prec.*, p. 92 : « C'est vraisemblablement avec l'accord de Bonaparte que les travaux du Conseil – dont les séances étaient privées – reçurent parfois alors [...] une publicité qui paraît aujourd'hui assez surprenante. ».

²¹³ J.O Débats Ass. Nat., 1er juillet 1959, p. 1189, à propos d'une question de MM. Valentin et Pelven. Le Premier Ministre indiqua que « La publication de ces documents et comptes rendus sera assurée par la direction de la documentation qui étudie actuellement sous quelle forme et dans quelles conditions financière ce travail pourra être effective et qui en commencera très prochainement l'impression ».

finalement de faire procéder à la publication des avis du Conseil d'État²¹⁴. C'est aujourd'hui toujours le gouvernement qui permet à la fois la diffusion des avis dans le rapport public du Conseil d'État, sur le site internet *Consiliaweb*, ou enfin dans le cadre des projets de lois²¹⁵.

Une telle pratique d'absence de publication est donc ancienne. Certains avis du Conseil d'État ont été publiés, principalement en raison du polymorphisme de la fonction consultative. A travers le temps, le Conseil d'État a ainsi participé aux débats devant les chambres, voire même a rendu des avis interprétatifs ayant force de lois. Au-delà de ces hypothèses, assez éloignées du rôle actuel du Conseil d'État, l'absence de publication des avis du Conseil d'État a toujours été la règle, leur diffusion, l'exception. Cette règle se trouve désormais consacrée par le législateur.

§2. Le secret des avis consacré par le législateur

Si le principe du secret des avis n'a pour fondement qu'une pratique²¹⁶, justifiée par le rôle du Conseil d'État qui est au service des pouvoirs publics, l'absence de publicité fut quant à elle consacrée et encadrée (**A**), avant d'être réaffirmée par le législateur (**B**). Si elle semble désormais fondée, elle n'est est que plus fragile, dès lors qu'une loi peut venir la modifier.

A) Un principe d'absence de communicabilité des avis consacré

La loi du 17 juillet 1978²¹⁷ consacra la liberté d'accès aux documents administratifs. Ce droit est analysé par le juge administratif comme une des « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques »²¹⁸. Cette loi consacre le droit d'accès aux documents administratifs, imposant ainsi aux personnes publiques ou aux personnes privées chargées d'une mission de service public de les communiquer aux personnes qui en font la demande. Elle prévoit une obligation de publication des « directives,

²¹⁴ J.O. Débats Ass. Nat., 19 octobre 1967, p. 3636 : « Une telle publication serait contraire à la nature même des travaux que le Conseil d'Etat effectue lorsqu'il est consulté, comme il le fut en l'espèce, sur les projets du Gouvernement. [...] Il apparaît peu souhaitable de rendre publics les travaux du Conseil d'Etat, si l'on veut que les fonctionnaires qui composent la Haute Assemblée puissent, en toute circonstance, conserver l'entière liberté d'esprit indispensable à l'exercice de leurs missions ».

²¹⁵ V. *infra*.

²¹⁶ « Le secret attaché aux avis tirant son existence non pas d'une quelconque prescription juridique mais de la situation du Conseil d'Etat auprès de l'exécutif et de sa qualité d'auxiliaire du gouvernement », P. GONOD, « La publicité des avis du Conseil d'État », A.J.D.A 2015, p. 639.

²¹⁷ Loi du 17 juillet 1978 n° 78-753 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

²¹⁸ CE, 7e et 5e S.S.R., 29 avril 2002, M. Ullmann, n° 228830.

instructions, circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives »²¹⁹.

Si cette loi a fait l'objet de nombreuses réformes, venant élargir et renforcer les garanties des administrés²²⁰, elle a dès l'origine inscrit les avis du Conseil d'État et des juridictions administratives dans la liste des documents non communicables²²¹. Le Conseil d'État a ainsi estimé que la déclaration du ministre de la Défense qui précisait sa volonté de rendre public un avis du Conseil d'État et la circonstance que la portée de l'avis ait été communiqué à la presse n'implique pas pour autant que l'avis soit communicable²²². Le Conseil d'État a également précisé que l'absence de communicabilité des avis du Conseil d'État réside dans le fait que ce sont des documents qui ont trait à la délibération du gouvernement, dont l'intérêt protégé limite la communication de ses avis²²³.

La loi du 3 janvier 1979²²⁴, désormais intégrée au code du patrimoine²²⁵, précise le régime juridique des archives. Les avis du Conseil d'État deviennent ainsi librement communicables, quel que soit le type d'avis concerné, passé un délai de vingt-cinq ans²²⁶. Ce délai était initialement de 30 ans mais fut modifié par la loi en 2008²²⁷. Si ces avis sont librement communicables, cela ne conduit pas à une obligation de publication de ces avis. On constate ainsi que l'application intégrée au site du Conseil d'État, *Consiliaweb*, ne contient que, pour la période 1947 à 1990, les avis sur les questions de droit posées par les membres du gouvernement²²⁸, et non pas les avis sur les projets de texte, bien que tous les avis soient communicables. La loi sur les archives prévoit en outre la possibilité d'une autorisation de consultation des archives de manière anticipée²²⁹. Il revient, selon le code du patrimoine, en principe à l'autorité dont émanent les documents, d'autoriser l'accès aux documents. Néanmoins, au regard de la spécificité des avis du Conseil d'État, il apparaît qu'une telle

²¹⁹ Art. 7 consolidé.

²²⁰ Par exemple, l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques modifia l'article 10 de la loi de 1978 afin de permettre l'utilisation des données publiques à des fins autres que celles de la mission qui les a élaborées.

²²¹ Art. 6 : « Ne sont pas communicables : 1° les avis du Conseil d'État [...] ».

²²² CE, 9 mars 1983, Ass. SOS Défense, n° 45736.

²²³ CE, 30 mars 2016, *France nature environnement*, n°383546 v. *surpa*.

²²⁴ Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

²²⁵ Ordonnance n° 2004-178 du 20 février 2004 relative à la partie législative du code du patrimoine.

²²⁶ Art. L. 213-2 : « I. – Les archives publiques sont communicables de plein droit à l'expiration d'un délai de : 1° Vingt-cinq ans à compter de la date du document ou des documents le plus récent inclus dans le dossier : [...] b) Pour les documents mentionnés au 1° du I de l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 [...] ».

²²⁷ Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2009, art. 17.

²²⁸ « Que trouve-t-on dans Consiliaweb ? », site du Conseil d'État, http://www.conseil-etat.fr/content/download/38537/334999/version/2/file/que-trouve-t-on-dans-consilia-web-v_2016_05_09.pdf.

²²⁹ Art. L. 213-2 du code du patrimoine.

décision appartient au destinataire de l'avis²³⁰. Une telle pratique semble conforme aux usages, et dérive du fait que les avis du Conseil d'État ne lui appartiennent pas.

Ce sont les archives nationales qui disposent des avis des sections administratives de 1870 à 1945, versés en 1956²³¹.

Désormais, le législateur est seul compétent pour prévoir les modalités de diffusion des avis du Conseil d'État. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une résolution réformant les méthodes de travail du Sénat²³², posant désormais pour principe la diffusion des avis du Conseil d'État sur les propositions de loi en annexe, dans les dossiers législatifs, sauf si l'auteur de la proposition de loi s'y oppose a déclaré non conforme cette disposition. En effet, au terme même de l'article 39²³³ de la Constitution, seul le législateur peut intervenir pour venir encadrer ces règles. Or, une résolution n'étant pas une loi, elle ne permet pas d'encadrer ces principes.

Le législateur a consacré, depuis 1978, la règle de l'absence de publication des avis consultatifs du Conseil d'État. Il apparaît tout de même que cette consécration fragilise la règle. Certes, le législateur a désormais fondé légalement le secret des avis du Conseil d'État, ce qui était nécessaire dès lors qu'il consacrait par ailleurs un principe de communicabilité des documents dont il a souhaité exclure les avis du Conseil d'État. Ce faisant, il a consacré une pratique qui, du fait de son statut légal, peut se voir désormais réformée à tout moment. Notons tout de même qu'il a récemment réaffirmé son attachement à cette règle.

B) La réaffirmation du caractère secret des avis du Conseil d'État

Le législateur a récemment réaffirmé la règle du secret des avis du Conseil d'État en ratifiant une ordonnance présentée par le Gouvernement.

Le code des relations entre le public et l'administration²³⁴ a ainsi repris, sans la modifier, la loi de 1978 relative à l'accès aux documents administratifs²³⁵. Désormais, c'est

²³⁰ « Que trouve-t-on dans Consiliaweb ? », prec.

²³¹ Fiche d'inventaire, site des archives nationales : http://www.archivesnationales.culture.gouv.fr/chan/chan/pdf/sm/AL_%202007.pdf [consulté en ligne le 9 juin 2016].

²³² CC, 11 juin 2015, Résolution réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace, n° 2015-712 DC.

²³³ Art. 39 : « Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose ».

²³⁴ Ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du code des relations entre le public et l'administration.

l'article L. 311-5 qui précise que les avis du Conseil d'État ne sont pas communicables, sans qu'il n'ait été modifié notamment pour prendre en compte la décision du Président de la République de diffuser les avis du Conseil d'État sur les projets de loi.

Si le parlement a réaffirmé son attachement à cette règle, on peut néanmoins noter que plusieurs propositions de lois ou amendements ont tenté de modifier la règle du secret des avis du Conseil d'État sur les projets de loi. Pierre Mazeaud a ainsi déposé une proposition de loi²³⁶ dès 1993 tendant à organiser la publicité des avis donnés par le Conseil d'État sur les projets de loi. Il proposa ainsi de modifier la loi de 1978 relative à l'accès aux documents administratifs. Plus récemment, à la veille de la décision du Président de la République de rendre publics les avis sur les projets de loi, M. Yannick Moreau a déposé une proposition de loi constitutionnelle²³⁷, visant à réformer l'article 39 de la Constitution pour prévoir une transmission au Gouvernement et au Parlement des avis du Conseil d'État rendus sur les projets de loi. Dans l'exposé des motifs, M. Moreau précise que cette proposition est motivée par l'objectif de transparence et « d'égalité des armes juridiques »²³⁸ entre le Parlement et le Gouvernement. Une telle publicité serait également mieux à même de « garantir l'impartialité du Conseil d'État au service du droit »²³⁹.

De façon plus sérieuse, le projet de loi pour une économie numérique²⁴⁰ a fait l'objet d'amendements par les parlementaires visant à modifier l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration qui précise que ne sont pas communicables les « avis du Conseil d'État ». Des amendements ont été déposés pour venir modifier ces dispositions. Un amendement en particulier visait à rendre communicable les avis « sur les

²³⁵ Notons par ailleurs que le législateur ne l'avait pas autorisé à simplifier les règles d'accès aux documents administratifs. En revanche, il l'avait autorisé à modifier les règles afin de « Renforcer la participation du public à l'élaboration des actes administratifs ; », art. 3, loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

²³⁶ Proposition de loi n° 47 du 20 avril 1993.

²³⁷ Proposition de loi constitutionnelle n° 2499 déposée le 19 janvier 2015.

²³⁸ Proposition de loi constitutionnelle de M. Yannick Moreau n° 2499 du 19 janvier 2015, exposé des motifs.

²³⁹ Proposition de loi constitutionnelle de M. Yannick Moreau n° 2499 du 19 janvier 2015, exposé des motifs. Le député note ainsi dans un style pour le moins polémique que : « L'avis rendu public par des médias a permis de découvrir qu'un des co-rapporteurs du texte n'est autre que l'ancien directeur de cabinet de Jean-Marc Ayrault, prédécesseur de M. Valls. Certes, ce Conseiller d'État est certainement un juriste très compétent, mais aussi très engagé au PS (il était le directeur de campagne de Mme Royal aux élections présidentielles en 2007). Si l'avis sur le projet Macron émet quelques critiques sur ce texte, la Représentation nationale ignore si le choix de rapporteurs aussi engagés n'a pas eu pour effet de tempérer les critiques du Conseil d'État et d'amoindrir son objectivité ? La transparence aura aussi du bon pour le Conseil d'État. Toutes ces raisons conduisent à mettre fin à l'omerta et obliger, par la modification qui vous est soumise, de rendre le Parlement destinataire des avis du Conseil d'État. »

²⁴⁰ Projet de loi pour une économie numérique, n° 3318, déposé le 9 décembre 2015 au bureau de l'Assemblée Nationale.

projets de loi ou d'ordonnance »²⁴¹. Cet amendement fut adopté par l'Assemblée Nationale, après avis favorable de la commission des lois, et un avis défavorable du gouvernement, au motif qu'il « serait souhaitable que le Gouvernement conserve une certaine latitude pour fixer librement le périmètre des avis qu'il veut rendre publics. »²⁴² Pour autant, la commission des lois du Sénat supprima cette disposition, au motif que « l'article 39 de la Constitution fait du Conseil d'État le conseil juridique du Gouvernement et qu'il revient légitimement à celui-ci de décider de la diffusion ou non des avis qui lui sont remis »²⁴³. N'ayant pas fait l'objet d'autres amendements visant à rétablir cette disposition, le Sénat a donc refusé de modifier le texte de la CADA. Une commission mixte paritaire a depuis été mise en place.

Le secret des avis du Conseil d'État est donc lié à la conception que le Conseil a de sa propre mission. Parce qu'il est au service des pouvoirs publics – comme le montre la procédure d'élaboration des avis – mais également parce qu'il apparaît que cette règle est traditionnelle, le Conseil d'État refuse de publier ses avis. Il n'en est pas le maître. Cette solution, destinée en principe à conserver le secret des délibérations du Gouvernement, mais qui est désormais étendue à l'ensemble des destinataires des avis, a été consacrée par le législateur. Désormais, cette pratique peut donc être modifiée : elle le sera d'ailleurs peut être dans le futur, dès lors que cette absence de publication apparaît de plus en plus comme difficilement conciliable, de premier abord, avec les objectifs de transparence. Cette absence de publication ne signifie pas que la fonction consultative du Conseil d'État soit opaque. La diffusion des avis, c'est-à-dire le fait de rendre accessible à un ensemble d'acteurs ou au grand public tout ou partie des avis participe de ce mouvement.

²⁴¹ Amendement de l'Assemblée Nationale n° 81, présenté par M. Coronado. Un autre amendement (n° 691), présenté par M. Krabal, visait à la modification du même article en préférant une autre rédaction : « les avis du Conseil d'État mentionné à l'article 39, alinéa 2 de la Constitution » devenait communicable. Ce dernier amendement a été rejeté par l'Assemblée.

²⁴² Deuxième séance à l'Assemblée Nationale du 19 janvier 2016.

²⁴³ C.-A. FRASSA, Rapport fait au nom de la commission des lois, Sénat, n° 534, p. 39.

Chapitre 2. Le développement progressif de la diffusion des avis

Le secret des avis reste la règle. Néanmoins, on constate de plus en plus que les avis du Conseil d'État sont diffusés, c'est-à-dire rendus publics, dans le cadre d'un mouvement plus général. Les avis sont de plus en plus accessibles, par un public plus ou moins large, de façon complète ou par le biais de résumés. Variée, tant en ce qui concerne les avis qui en font l'objet, que par la forme qu'elle prend, la diffusion des avis connaît une progression incontestable. Si, sans doute de façon excessive, Jean Massot précisait dès 2000 que l'« on peut véritablement affirmer que la pratique a conduit à faire de la publicité la règle et de la confidentialité l'exception »²⁴⁴, il faut préciser que, sans remettre en cause la règle de principe d'absence de publicité des avis, les destinataires des avis affirment leur ambition de rendre publics de façon plus systématique les avis du Conseil d'État. On peut voir un exemple de cette volonté dans la décision du Président de la République, au cours du discours du 20 janvier 2015 dans lequel il annonçait la fin du secret des avis du Conseil d'État sur les projets de loi. Certes, cette déclaration n'a pas de caractère normatif (le Conseil d'État l'a récemment rappelé à propos d'un discours du Premier ministre sur le déménagement du siège de l'IFREMER²⁴⁵) ; mais elle souligne une fois de plus la progression de la diffusion des avis. Il convient alors de délimiter le périmètre constitué par la pratique de diffusion des avis (**Section 1**). Cette diffusion est, depuis les années 1970, un mouvement continu qui est manifestement engendré par les mêmes ressorts. Justifiée et poussée par l'objectif de transparence qui se propage dans la sphère publique et, sensiblement, dans la sphère administrative, la diffusion des avis y participe assurément (**Section 2**).

Section 1. Un périmètre de diffusion circonscrit

Les avis consultatifs du Conseil d'État sont progressivement rendus publics. A travers l'analyse des pratiques du Conseil d'État et des destinataires des avis, on peut tenter de préciser le périmètre de cette diffusion. Il conviendra de distinguer, parmi les avis rendus par le Conseil d'État, ceux qui sont rendus publics et leur degré de diffusion (**Paragraphe 1**). Les modalités de diffusion, disparates, ainsi que les rôles respectifs du Conseil d'État et des

²⁴⁴ J. MASSOT, « La fonction consultative du Conseil d'État », R.A., 2000, numéro spécial n° 3, p. 21 et ss.

²⁴⁵ Le Conseil d'État juge ainsi que « que ces annonces, qui sont dépourvues par elles-mêmes de tout effet juridique direct, ne révèlent pas l'existence d'une décision susceptible d'être attaquée par la voie du recours en excès de pouvoir ». CE, 7e et 2e S.S.R., 5 octobre 2015, n° 387899 et 388524, Comité d'entreprise du siège de l'Ifremer et autres, note N. HAVAS, A.J.D.A. 2016, p. 496.

destinataires des avis confirment l'hypothèse d'une simple diffusion de ses avis et non pas d'une publication (**Paragraphe 2**).

§1. Une diffusion des avis limitée

De plus en plus d'avis sont rendus publics, de façon plus systématique que par le passé. On peut distinguer parmi les avis, ceux dont la diffusion semble de plus en plus habituelle (**A**), de ceux dont la diffusion n'est encore qu'exceptionnelle (**B**).

A) Une diffusion généralisée de certains avis

Les avis du Conseil d'État sont de plus en plus diffusés. Historiquement, au-delà des avis interprétatifs publiés *in extenso* dans le Bulletin des lois²⁴⁶, les avis du Conseil d'État ont été diffusés par les destinataires de ces avis lorsqu'ils touchaient à certains domaines alors sensibles, notamment les questions de laïcité²⁴⁷. Dans la période contemporaine, la première diffusion systématique des avis du Conseil d'État fut celle qui toucha les avis sur les questions des ministres. Ceux-ci sont, après accord du gouvernement²⁴⁸, en principe rendus publics de façon intégrale. Jean Massot précise ainsi que la diffusion des avis s'est d'abord manifestée « à l'égard des avis (au sens strict de réponses à une demande d'avis). Suivant une suggestion faite par le Vice-président Chavanon à la fin des années soixante-dix, le gouvernement a rapidement accepté que la revue *Etudes et documents* publie chaque année les avis les plus importants. En pratique, seule une opposition formelle du gouvernement est venue faire obstacle à cette publicité à effet très légèrement différé »²⁴⁹. Cette diffusion s'effectue depuis 1976²⁵⁰. En 2014, sur les 27 avis demandés au Conseil d'État, 24 ont été rendus publics²⁵¹ tandis que des chiffres similaires concernent l'exercice de 2015, puisque sur les 32 avis rendus par le Conseil d'État, 22 ont été rendus publics²⁵². On retrouve ces avis en intégralité sur l'application en ligne *Consiliaweb*, listés dans le Rapport public annuel, ou

²⁴⁶ V. *supra*.

²⁴⁷ V. *supra*.

²⁴⁸ Le Guide de légistique (site Légifrance) précise ainsi à propos de ses avis : « Il est rappelé que les avis et délibérations du Conseil d'État sont destinés au seul Gouvernement et ne doivent pas être rendus publics, sauf dérogation expresse accordée par le Premier ministre, consulté par les soins du secrétariat général du Gouvernement ».

²⁴⁹ J. MASSOT, *prec.*, p. 25.

²⁵⁰ Y. GAUDEMET et al., *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2008, 3ème ed., p. 48.

²⁵¹ Rapport public du Conseil d'État, 2015, p. 371.

²⁵² Rapport public du Conseil d'État, 2016, p. 388.

diffusés en intégralité dans le même rapport. Certains avis ont été diffusés dès leur réception par les destinataires.

Depuis le 19 mars 2015²⁵³, les avis rendus sur les projets de lois sont rendus publics. Le premier projet de loi fut celui relatif au renseignement²⁵⁴. Un autre projet de loi, déposé avant le 19 mars 2015, a fait l'objet d'un avis diffusé, puisqu'une lettre rectificative a été publiée. L'avis s'est alors borné à examiner la lettre rectificative²⁵⁵. D'aucuns constateront que sur les 118 avis sur les projets de loi rendus par le Conseil d'État, seuls 18 ont été rendus publics²⁵⁶. Cette publication se poursuit en 2016²⁵⁷. Cela s'explique par plusieurs raisons. Tout d'abord, la diffusion des avis sur les projets de loi n'a débuté qu'au mois de mars 2015. Tous les avis rendus en 2015 n'ont donc pas été rendus public. De plus, il faut constater que les projets de lois prévoyant la ratification des engagements internationaux, très nombreux²⁵⁸, ne bénéficient pas de la diffusion des avis y afférent²⁵⁹. De même, les avis sur les lois de finances ne sont en principe pas diffusés²⁶⁰, comme l'avait déjà précisé Maryvonne de Saint-Pulgent²⁶¹. En revanche, à notre connaissance, tous les autres projets de loi ont bénéficié de l'avis du Conseil d'État inséré dans le dossier législatif. Ces avis ne font pas l'objet d'une mesure de publicité *in extenso*. En effet, l'avis transmis au Parlement consiste en une note du Conseil d'État, tandis que le Conseil d'État transmet également au gouvernement le texte du projet de loi modifié le cas échéant²⁶². Notons qu'une telle diffusion a été mise en place pour les avis sur les projets de loi de révision de la Constitution²⁶³. Les avis sur les projets de lois

²⁵³ Au sein du site Légifrance, dans la section « Droit français », le site internet a mis en place une rubrique « Avis du Conseil d'État sur les projets de lois », dont la fiche « Contenu » précise que « Les avis du Conseil d'État sur les projets de loi sont rendus publics à l'issue du conseil des ministres qui en a délibéré et joints au projet déposé au Parlement. La diffusion de ces avis a pour objet d'éclairer les débats parlementaires et d'informer les citoyens. Les avis du Conseil d'État sont diffusés dans les dossiers législatifs des projets de loi déposés au Parlement à compter du 19 mars 2015.

²⁵⁴ Conseil d'État, Ass. G., 12 mars 2015 Avis, Avis sur un projet de loi relatif au renseignement, n°389.754.

²⁵⁵ Conseil d'État, Adm., Avis, 11 juin 2015, Avis sur une lettre rectificative au projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, n° 390136.

²⁵⁶ Rapport public annuel du Conseil d'État, 2016, p. 381.

²⁵⁷ Au 6 mai 2016, 26 projets de lois ont été accompagnés de l'avis du Conseil d'État depuis le 19 mars 2015 (site Légifrance).

²⁵⁸ Près d'un tiers sur l'année 2015-2016 : <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/statistiques-de-l-activite-parlementaire>.

²⁵⁹ V. par exemple, Projet de loi du 4 mai 2016 relatif à l'accord avec l'Autriche sur le statut juridique des personnels de l'armée fédérale autrichienne au cours de leurs séjours en Guyanne, ou encore le projet de loi du 4 mai 2016 relatif à la ratification de l'accord de Paris sur la COP21.

²⁶⁰ Le dossier législatif sur la loi n° 2015-1785 du 29 décembre 2015 de finance pour 2016, dont le projet avait été déposé le 30 septembre 2015 (c'est-à-dire après la mise en place de la diffusion des avis du Conseil d'État, ne contient pas trace de l'avis.

²⁶¹ Interview sur France Inter, La marche de l'histoire, 16 décembre 2015, 24ème minutes, consulté en ligne le 5 juin 2016 : <http://www.franceinter.fr/player/reecouter?play=1204081>.

²⁶² Rapport public annuel du Conseil d'État, 2016, p. 206 : « L'avis du Conseil d'État sur le projet est publié, mais le texte adopté par le Conseil d'État est conservé par le Gouvernement ».

²⁶³ CE, Ass. G., 11 décembre 2015, Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation, n° 390.966 mais également CE, Ass. G., Avis, 30 juillet 2015, Avis sur le projet de loi constitutionnel autorisant la ratification de la charte des langues régionales ou minoritaires, n° 390.268, Note BONNET Baptiste, « La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Une menace pour le pace social français ? », A.J.D.A., 2015, p. 2246 et ss.

organiques sont également rendus publics²⁶⁴. La diffusion des avis sur les projets de loi, dont le principe a été décidé par le Président de la République, apparaît bien plus comme une rupture que comme une simple évolution : elle implique désormais que les avis rendus sur des projets du Gouvernement (et non pas sur des questions de droit) soient désormais rendus publics, ce qui expose davantage le Conseil d'État²⁶⁵.

En ce qui concerne les lois du pays, la loi organique de 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie précise dans son texte même que l'avis rendu est « transmis au président du gouvernement, au président du congrès, au haut-commissaire et au Conseil constitutionnel »²⁶⁶. En 2010, un décret est venu élargir cette transmission au Premier ministre, au ministre de l'outre-mer et aux autres ministres intéressés²⁶⁷. Ces avis ne sont pour autant pas rendus publics. Leurs références semblent publiées dans le *Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie* : la publication de la loi du pays se termine par une liste de documents qui ont constitué les travaux préparatoires. Dans ce cadre, la date, le numéro et la section qui a rendu l'avis sont mentionnés. Par ailleurs, dans le *Journal Officiel des débats* de la Nouvelle-Calédonie, on trouve la plupart du temps des éléments de l'avis, les rapporteurs faisant « lecture des principales observations formulées »²⁶⁸ par le Conseil d'État. Il ne s'agit, ici encore, que d'une diffusion, et non pas d'une mesure de publicité ou d'une publication *in extenso*.

A côté de ces catégories d'avis, dont on peut affirmer qu'ils sont généralement diffusés, certains avis ne font l'objet que d'une diffusion plus exceptionnelle.

B) Une diffusion d'avis exceptionnelle

La diffusion des avis est encore inhabituelle sur certains points, bien que quantitativement, il s'agisse des textes les plus soumis à l'examen du Haut Conseiller.

Sur les projets de décrets, d'actes réglementaires, ou d'actes non réglementaires, la diffusion est moins importante. Ainsi, les sections administratives ont été consultées en 2015

²⁶⁴ CE, Ass. G., 2 avril 2015, Projet de loi organique relatif à la consultation sur l'accèsion de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté, n° 389.785.

²⁶⁵ V. *infra*.

²⁶⁶ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, art. 100.

²⁶⁷ Art. R. 123-4 du code de justice administrative, modifié par le décret n° 2010-1562 du 14 décembre 2010.

²⁶⁸ V. notamment *Journal Officiel de la Nouvelle Calédonie*, 24 août 2015.

sur 999 projets de décrets dont 800 réglementaires²⁶⁹. Pour autant, seul un résumé de l'avis du Conseil d'État relatif à un projet de décret de codification de la partie réglementaire du code de l'énergie²⁷⁰ apparaît dans le rapport public annuel. Il précise à cet effet la position du Conseil d'État et les grandes lignes de l'avis²⁷¹. Depuis le rapport public de 2012, ces mêmes résumés sont disponibles sur l'application *Consiliaweb*²⁷². Si l'absence de diffusion au public d'un avis sur une nomination paraît justifiée du fait de son contenu personnel²⁷³, il est étonnant de constater que si peu d'avis sur les projets de textes réglementaires soient communiqués. On aurait pu imaginer, sur cette catégorie d'avis, qui n'implique (généralement) pas de questions politiques, que l'avis technique du Conseil d'État soit publié afin de faciliter l'appréhension des normes nouvelles et de participer ainsi, à l'objectif de sécurité juridique.

En ce qui concerne les propositions de loi, aucune règle de publication n'a été inscrite ni dans la Constitution, ni dans la loi mettant en œuvre cette nouvelle consultation, bien que le rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, dit Comité Balladur, institué pour proposer des pistes des réformes de la Constitution, se soit prononcé en faveur de la publication des avis²⁷⁴. Si l'avis relatif aux projets de loi apparaît distinctement des autres documents dans le dossier législatif, ce n'est pas le cas pour les propositions de loi. On constatera tout de même que certains auteurs ont pu décider d'en diffuser des extraits dans les rapports portant sur les propositions de loi concernées : « dès lors [qu'ils] portent sur des articles maintenus dans le champ de la proposition de loi : certains de ces articles ont, en effet, été déclarés irrecevables au regard des dispositions de l'article 40 de la Constitution, un autre fait l'objet d'un amendement de suppression de l'auteur de la proposition. »²⁷⁵. D'autres ne diffusent des extraits que dans la

²⁶⁹ Rapport public du Conseil d'État, 2016, p. 17.

²⁷⁰ CE, T.P., Soc., 16 décembre 2015, Projet de décret codifiant la partie réglementaire du code de l'énergie, n° 390308.

²⁷¹ On apprend ainsi que le Conseil d'État a « admis la codification de dispositions de nature législative lorsque le législateur a opéré un large renvoi au pouvoir réglementaire et que ces dispositions réglementaires ne méconnaissent pas, par elles-mêmes de droits ou de libertés garanties par la Constitution [...] Il n'a [...] pas admis la codification de dispositions prévoyant des servitudes établies par voie de convention sans déclaration d'utilité publique [...] ». Rapport public annuel, 2016, p. 279.

²⁷² Site du Conseil d'État, « que trouve-t-on dans Conciliaweb » : « les avis émis lors de l'examen d'un projet de texte sont mis en ligne sous forme de résumés figurant aux rapports d'activité 2012, 2013 et 2014, portant respectivement sur l'activité des années 2011, 2012 et 2013. Ils présentent l'objet du texte, le contexte juridique et administratif ainsi que et les principales questions de droit, de cohérence et d'opportunité qui se posent. Ils mentionnent le sens dans lequel le Conseil d'État est d'avis de répondre : avis favorable, rejet ou avis favorable sous réserve d'écarter tel ou tel point du projet (« disjonction » partielle). ».

²⁷³ Bien que les sens des avis rendus par le Vice-président du Conseil d'État sur les nominations des maîtres des requêtes au tour extérieur sont communiqué en même temps que l'avis de nomination au Journal Officiel, v. *supra*.

²⁷⁴ Rapport du Comité Balladur, Une Ve République plus démocratique, p. 40.

²⁷⁵ P. MOREL-A-L'HUISSIER, *prec.* ou encore le rapport d'Etienne Blanc (E. BLANC, Rapport n°2095 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi de M. Jean-Luc Warsmann (n°1890), de simplification et d'amélioration de la qualité de la loi, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r2095-tl.pdf>, (consulté en ligne le 5 mai 2016), p 44).

mesure où l'avis « amélior[e] la compréhension et la lisibilité des dispositions en cause »²⁷⁶. Cette diffusion n'est pas systématique dès lors que certains, dont on peut supposer que l'avis transmis était négatif, n'en ont pas assuré la diffusion. Ce fut le cas pour la première proposition de loi sénatoriale dont l'avis a été demandé par M. Éric Doligé, relative à la simplification du fonctionnement des collectivités territoriales. Dans le rapport sur la proposition de la loi, la sénatrice Jacqueline Gourault a seulement fait référence à l'existence de l'avis sans en préciser la portée²⁷⁷. La commission des lois demanda alors à connaître l'avis. Elle adopta un vœu tenant à ce que les avis sur les propositions de loi soient transmis à tous les sénateurs ou annexés aux rapports, sans pour autant qu'une règle formelle s'en soit suivie. Une résolution avait été prise visant à préciser que les avis rendus sur les propositions de lois soient diffusés en annexe des propositions de loi sauf si l'auteur de la proposition s'y oppose. Mais le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition non conforme à la Constitution, dès lors qu'elle relevait d'une résolution et non d'une loi²⁷⁸.

On constate ainsi que les avis sur les propositions de loi ne sont pas soumis au même régime que les projets de lois. Tout d'abord, les avis sur les propositions de loi ne sont pas annexés au dossier législatif, alors que ceux sur les projets de loi le sont ; ensuite, la note sur les projets de loi est publiée *in extenso*²⁷⁹, tandis que la note portant sur les propositions de loi n'est pas diffusée entièrement, l'auteur de la proposition de loi pouvant choisir l'étendue de la diffusion de l'avis ; enfin, s'il revient au Gouvernement, destinataire de l'avis du Conseil d'État, d'autoriser la diffusion de l'avis, ce n'est pas le destinataire de l'avis qui en assure la diffusion devant les assemblées. En effet, pour les propositions de loi, le destinataire de l'avis est le président de l'assemblée qui a demandé l'avis. La pratique a pourtant montré que c'est l'auteur de la proposition de loi qui choisit ou non, de procéder à la diffusion de l'avis. Une telle pratique paraît contestable. Les avis du Conseil d'État ont en effet pour but de participer

²⁷⁶ B. DEFLESSELLES, Rapport n° 3446 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale, de la république sur la proposition de loi (n°3232) de M. Bernard Deflesselles visant à permettre aux services départementaux d'incendie et de secours d'obtenir le remboursement des frais d'opération de secours auprès de l'incendiaire, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r3446.pdf> (consulté en ligne le 6 mai 2016), p. 16. Dans ce rapport, seules les dispositions générales, et aucune recommandation de rédaction de la proposition de loi n'a été diffusé.

²⁷⁷ J. GOURAULT, Rapport n° 338 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générales sur proposition de loi de M. Éric Doligé de simplification des normes applicables aux collectivités territoriales, <http://www.senat.fr/rap/111-338/111-3381.pdf> (consulté en ligne le 6 mai 2016), p. 22.

²⁷⁸ CC, 11 juin 2015, Résolution réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace, n° 2015-712 DC. V. *supra*.

²⁷⁹ Les avis sur les projets de loi bénéficie d'une note expliquant la position du Conseil d'État et du texte modifié le cas-échçant. Seule la note est diffusée (v. *supra*). Les propositions de loi, quant à elles, ne bénéficient que d'une note.

à l'amélioration de la qualité du droit. On comprend difficilement comment on pourrait refuser de diffuser de tels avis²⁸⁰.

En ce qui concerne le droit de l'Union européenne, si les projets de loi portant adaptation du droit de l'Union font l'objet d'un avis diffusé²⁸¹, tout comme la plupart des projets de loi, les avis dit « 88-4 »²⁸² rendus par le Conseil d'État ne sont plus diffusés aux chambres. En 2005²⁸³, le Conseil d'État était systématiquement saisi pour rendre son avis quant à savoir si le projet de texte européen devrait par la suite être transposé dans un règlement ou dans une loi. Son avis était transmis aux présidents des assemblées parlementaires dans les 24 heures suivant la réception de l'avis par le secrétaire général du gouvernement. Ces avis étaient ensuite mentionnés au Journal Officiel²⁸⁴. Depuis 2010²⁸⁵, de tels avis ne sont plus nécessairement demandés au Conseil d'État, en dehors des « difficultés juridiques qui apparaissent en cours de négociation ». Par ailleurs, la circulaire ne prévoit plus de diffusion aux présidents des assemblées.

Par ailleurs, les avis contenant des informations relatives à l'environnement doivent aujourd'hui être diffusés. Face à l'obligation constitutionnelle de droit d'accès à l'information environnementale²⁸⁶, le Conseil d'État a été amené à concilier ce principe avec celui d'absence de publication de ses avis. Le Conseil précisa alors que sous réserve de l'accord du Premier ministre quant à la possible levée du secret des délibérations du gouvernement, les dispositions relatives à des informations environnementales contenues dans un avis étaient communicables²⁸⁷.

Il existe donc des pratiques différentes et variables, voire disparates, dans la diffusion des avis du Conseil d'État. De manière significative, il apparaît que les avis sur les projets de loi sont diffusés. Les avis sur les questions des ministres peuvent généralement être portés à la connaissance du public. On constatera en revanche que les avis sur les projets de décrets ne sont globalement pas diffusés, alors même qu'il s'agit de la catégorie quantitativement la plus

²⁸⁰ V. P. GONOD, « L'examen des propositions de loi par le Conseil d'État : procédure novatrice ou simple gadget ? », R.F.D.A 2009, p. 895.

²⁸¹ CE, T.P., 7 juillet 2015, Avis sur un projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des risques, n° 390.154.

²⁸² Car pris sur le fondement de l'article 88-4 de la Constitution.

²⁸³ Circulaire du 22 novembre 2005, v. *supra*.

²⁸⁴ Seul les références de l'avis étaient mentionnées.

²⁸⁵ Circulaire du 21 juin 2010, v. *supra*.

²⁸⁶ Art. 7 de la Charte de l'environnement : « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques (..) ».

²⁸⁷ CE, 9e et 10e S.S.R., 30 mars 2016, Association France nature environnement, n° 383546, v. *infra*.

importante. Sans doute une telle diffusion impliquerait une modification importante de la forme des avis rendus. En effet, ils devraient alors être accompagnés d'une note pour être compréhensibles, augmentant ainsi sensiblement la charge de travail des sections, et venant également peser sur l'efficacité et la célérité reconnue du Conseil d'État²⁸⁸.

§2. Des modalités de diffusion variées

La diffusion des avis du Conseil d'État obéit à des modalités variées, notamment en ce qui concerne les canaux utilisés (A). Un invariant semble pour autant se dégager : c'est bien au destinataire de l'avis qu'il revient de décider, ou non, de la diffusion de l'avis (B).

A) Des canaux de diffusion multiples

La diffusion des avis du Conseil d'État est assurée par des canaux multiples et fluctuants. Que la diffusion soit accidentelle (ou voulue) dans la presse écrite, ou bien institutionnelle (notamment dans le rapport public annuel), les avis peuvent être rendus publics de façons différentes. Cette diversité de canaux implique des modalités de diffusion variées.

Le rapport public annuel du Conseil d'État est consacré sous sa forme actuelle par un décret de 1963²⁸⁹, suite aux propositions du rapport Noël visant à réformer le Conseil d'État à la suite de l'arrêt Canal²⁹⁰. Depuis, il a été inséré dans le code de justice administrative²⁹¹, qui prévoit désormais que l'adoption du rapport se fait en assemblée générale. Ce rapport public a existé par le passé, notamment par la mise en place des comptes généraux du Conseil d'État sous la monarchie de juillet²⁹² dont la publication était effective tous les 5 ans. Pourtant une

²⁸⁸ V. *infra*.

²⁸⁹ Art. 3 du décret du 30 juillet 1963 n° 63-766 : « Le Conseil d'État présente chaque année au Gouvernement un rapport sur l'activité de ses formations administratives et contentieuses. Ce rapport énonce les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif sur lesquelles le Conseil d'État entend appeler l'attention du Gouvernement. Il signale, s'il y a lieu, les difficultés rencontrées dans l'exécution des décisions des juridictions administratives. Le rapport est préparé par une commission dont la composition est déterminée par un arrêté du vice-président du Conseil d'État. Il est soumis au vice-président du Conseil d'État délibérant avec les présidents de section, adopté par l'assemblée générale et remis au Président de la République ».

²⁹⁰ CE, Ass, 19 octobre 1962, *Canal*, n° 58502, Le Conseil d'État annula une ordonnance sur le fondement d'une loi référendaire qui instituait une cour militaire de justice, car ses décisions portaient atteinte aux principes généraux du droit.

²⁹¹ Art. R. 123-5.

²⁹² V. *supra*.

telle pratique allait tomber en désuétude dès le début de la III^{ème} République²⁹³. Par ailleurs, le rapport public avait été précédé par la revue *Études et documents du Conseil d'État*, créée en 1947 à l'initiative de René Cassin, en annexe à l'annuaire du Conseil d'État qui regroupait un trombinoscope de ses membres, des avocats aux Conseils, et qui précisait la composition des différentes formations. Cette revue, née de la volonté de René Cassin, n'a pas été prévue par les textes. Cependant, une telle revue n'était pas destinée à être communiquée au grand public, ce que notait le vice-président en précisant que cette « publication ne [porte] pas atteinte à la discrétion traditionnelle de notre travail administratif »²⁹⁴.

Le rapport public annuel du Conseil d'État n'a été rendu public et n'a commencé à être diffusé qu'à partir de 1986, au sein de la revue *Études et documents*²⁹⁵, sous la rubrique « Les activités du Conseil d'État ». Cette politique de publication, outre qu'elle était réclamée par certains membres du Conseil d'État eux-mêmes²⁹⁶, peut être expliquée par l'émergence en 1985 de la Section du rapport et des études²⁹⁷. La première publication effective du Conseil d'État, dont la diffusion est désormais confiée à la Documentation française, date de 1989. Depuis 2008, le rapport public est scindé en deux volumes, l'un reprenant le rapport des activités contentieuses et administratives de la juridiction administrative, l'autre présentant une étude annuelle.

Le rapport public contient depuis 1976²⁹⁸ une partie des avis rendus par le Conseil d'État. Ce rapport présente l'activité des fonctions consultatives par le biais de statistiques. Mais le Haut Conseil précise également le contexte dans lequel il rend ses avis (notamment sur la présence ou plus exactement l'absence de certaines études d'impact, dont il peut faire ouvertement la critique). Il présente la portée des principaux avis rendus. Dans le rapport public 2016, le Conseil d'État précise désormais que les avis sur les projets de loi font l'objet d'une « publication »²⁹⁹. Depuis le rapport public de 2012, le Conseil d'État modifie la façon de présenter les activités du Conseil d'État : « Alors que le rapport public ne comptait

²⁹³ O. RENAUDIE, « Dits, non-dits, et clairs obscurs de la création du rapport », in P. MBONGO et O. RENAUDIE (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État*, ed. Cujas, 2010, p. 16.

²⁹⁴ R. CASSIN, *Études et documents du Conseil d'État*, fasc. 1, cité par L. FOUGERE (dir.), *prec.*, p. 859.

²⁹⁵ O. RENAUDIE, *prec.*, p. 25.

²⁹⁶ V. notamment C. CHAVAGNON, « Avant-propos », E.D.C.E, 1979, p. 9 : qui se demande si la levée du secret permettrait « d'éclairer l'opinion » ou P. NICOLAY, « Avant-propos », E.D.C.E, 1984, p. 9, qui souligne que « tout en reprenant, comme il est d'usage, la rubrique traditionnelle relative au compte-rendu du Conseil d'État, le présent numéro d'Études et documents s'est efforcé de donner plus de signification que par le passé au compte rendu concernant les activités des sections administratives. Ce n'est pas chose facile, en raison du secret qui couvre les prises de position du Conseil [...] mais le gouvernement a fait cette année un effort tout particulier pour relever le Conseil d'État de ce secret. ».

²⁹⁷ Décret n° 85-90 du 24 janvier 1985.

²⁹⁸ J. MASSOT, *prec.*

²⁹⁹ Rapport public annuel du Conseil d'État, 2016, p. 206.

antérieurement pas moins de sept à huit parties dispersées entre des thèmes divers, il en comporte désormais seulement trois, qui correspondent aux grands domaines d'activité de notre institution »³⁰⁰. Désormais, le rapport public annuel distingue les activités juridictionnelles, consultatives et celles de la section du rapport et des études. Dans ce même rapport, l'activité consultative est désormais présentée non plus par section, mais par thématique. Désormais, le rapport public distingue quatre parties en ce qui concerne la fonction consultative du Conseil d'État : à côté des observations d'ordre général, une sélection des affaires marquantes est exposée, puis les questions communes (anciennement thèmes transversaux) sont présentées, avant une sélection d'avis tenant aux politiques publiques.

Par principe, le rapport public annuel contient l'intégralité des avis sur les questions de droit que le gouvernement a accepté de rendre public³⁰¹. Il contient également une sélection d'avis, résumés, tenant aux projets de textes analysés dans l'année. La diffusion des avis sur les projets de loi n'a pas modifié cette pratique, puisque les avis apparaissent toujours résumés et contextualisés dans le rapport public de 2016³⁰².

Au-delà du rapport, des avis sont diffusés dans le cadre des débats parlementaires. Le plus souvent simplement évoqués par extraits, les avis sur les propositions de loi ou les avis rendus à propos des lois du pays sont ainsi diffusés³⁰³. Ils apparaissent alors ou bien dans les comptes rendus des débats officiels (*Journal Officiel* ou *Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie*), ou bien dans les rapports en commissions. Les avis sur les projets de loi, quant à eux, sont publiés à la fois dans les dossiers législatifs, sur les sites internet des assemblées, et sur le site Légifrance³⁰⁴.

La diffusion peut intervenir de façon plus exceptionnelle dans les dossiers documentaires des décisions du Conseil constitutionnel qui sont publiés sur le site internet du Conseil³⁰⁵. Elle peut également intervenir par le biais de circulaires. Certaines circulaires

³⁰⁰ J.-M. SAUVE, « Éditorial », Rapport public annuel, 2012, p. 9.

³⁰¹ J.-M. BELORGEY, « La conception intellectuelle du rapport », in P. MBONGO et O. RENAUDIE, *prec.*, p. 40.

³⁰² V. notamment la présentation de l'avis 30 juillet 2015, *Avis sur le projet de loi constitutionnel autorisant la ratification de la charte des langues régionales ou minoritaires*, n° 390.268, p. 243 du rapport public annuel.

³⁰³ V. *supra*.

³⁰⁴ <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Les-avis-du-Conseil-d-Etat-rendus-sur-les-projets-de-loi/2016>.

³⁰⁵ V. par exemple, le dossier documentaire de la décision n° 2014-427 QPC, du 14 novembre 2014, Mario S, qui cite dans le dossier documentaire, en exemple d'application des dispositions contestées, quatre avis du Conseil d'État sur des questions de droit.

reprennent ainsi *formellement* l'avis du Conseil d'État *in extenso*³⁰⁶, tandis que d'autres reprennent *matériellement* leur contenu.³⁰⁷

Le Conseil d'État a par ailleurs conçu une application sur son site internet, *Consiliaweb*, lancée le 25 janvier 2015. Cette application permet d'accéder aux « avis sur questions du Gouvernement correspondant, pour la période 1947-1990, à l'intégralité des avis rendus par le Conseil d'État ainsi que, pour la période ultérieure, à ceux dont le Gouvernement a autorisé la publication »³⁰⁸. Ces avis sont publiés en intégralité. Pour les plus anciens, les avis sont disponibles dans leur format d'origine. Le site rassemble également les avis figurant aux rapports annuels du Conseil d'État sur les projets de texte depuis le rapport de 2012. Le site ne fait alors que renvoyer au contenu de l'avis concerné dans le rapport public. Enfin, on trouve, publiés en intégralité³⁰⁹, les avis sur les projets de loi que le Gouvernement a rendus publics.

Cette diffusion dans des canaux institutionnels est donc largement développée. Elle participe ainsi à la meilleure visibilité des travaux du Conseil, et au-delà, à une amélioration de la qualité du droit. Pour autant, dans un contexte différent, la diffusion peut porter atteinte de façon plus importante aux relations qui unissent le Conseil du Palais-Royal et les destinataires des avis. C'est notamment le cas de la diffusion dans la presse à grand tirage.

Les diffusions dans la presse sont fréquentes. Ce fut encore récemment le cas, avec l'avis rendu à propos du projet de loi constitutionnelle de protection de la nation. Le site internet du journal *le Monde* en a diffusé quelques extraits³¹⁰. L'avis a même été diffusé quelques heures plus tard en entier sur le site du journal *Les Echos*³¹¹. Il fut plus tard diffusé de façon « institutionnelle », dans le dossier législatif y afférent. De façon plus exceptionnelle, l'avis du Conseil d'État du 17 mars 1969³¹² relatif au référendum du Général

³⁰⁶ V. par exemple la circulaire n° 4509/84, du 09/08/84 relative aux procédures applicables aux équipements des installations nucléaires de base et aux installations classées pour la protection de l'environnement situées dans un périmètre d'installation nucléaire de base, et à l'avis du Conseil d'État du 4 octobre 1983.

³⁰⁷ V. circulaire du 12 décembre 1989 relative à la laïcité.

³⁰⁸ Site internet du Conseil d'État, « Que trouve-t-on dans Conciliaweb ? », consulté en ligne le 5 juin 2016 : http://www.conseil-etat.fr/content/download/38537/334999/version/2/file/que-trouve-t-on-dans-consilia-web-v_2016_05_09.pdf.

³⁰⁹ Sans pour autant y trouver le texte modifié le cas-échéant par le Conseil d'État.

³¹⁰ CE, Ass. G., Avis, 11 décembre 2015, Avis sur le projet de loi constitutionnel de protection de la Nation, n° 390.966, dont les principaux extraits sont publiés le 17 décembre 2015 : <http://libertes.blog.lemonde.fr/2015/12/17/lavis-du-conseil-detat-sur-la-revision-de-la-constitution-prudence-et-embarras/>.

³¹¹ http://www.lesechos.fr/17/12/2015/lesechos.fr/021567315028_decheance-de-nationalite---le-conseil-d-etat-approuve-la-mesure.htm.

³¹² CE, Ass. Avis, 17 mars 1969, Référendum du 27 avril 1969 (reproduit partiellement in L. FOUGERE (dir.), *Le Conseil d'État : son histoire à travers les documents d'époques : 1799 à 1974*, ed. CNRS, 1974, p. 917 et sq.).

de Gaulle dans lequel le Conseil d'État précisait son opposition à l'utilisation de l'article 11 de la Constitution dans le but de réviser la Constitution, fut connu du public avant même sa validation par l'assemblée générale, puisque le secrétaire général du Centre démocrate, M. Abelin, en faisait état dans la presse. Le 19 mars 1969, le journal *Le Monde* en publia une analyse détaillée. Le 26 mars 1969, le journal *Le Figaro* publia l'avis du Conseil d'État, après autorisation du gouvernement, en face à face avec les observations du gouvernement. Si l'utilisation de la presse pour la diffusion des avis du Conseil d'État par le gouvernement semble inédite, il n'en demeure pas moins que la presse se fait souvent le relais de l'opinion du Conseil d'État. Cette diffusion paraît plus compromettante pour le Gouvernement, car elle a souvent lieu avant la délibération du conseil des ministres. Le Gouvernement fait alors connaître au public, par le texte qu'il rend en conseil des ministres, la place qu'il a accordée aux avis et recommandations formulées par le Conseil d'État et peut ainsi s'exposer à des critiques d'autant plus fortes qu'elles auront été émises par le plus haut conseiller de France.

Les avis du Conseil d'État connaissent ainsi une diffusion variable, puisque tous les avis ne sont pas rendus publics, et que les modalités de diffusion peuvent différer d'un avis à l'autre (publication intégrale ou résumée, *via* des canaux officiels ou dans la presse). Mais au-delà de la multiplicité et de l'enchevêtrement des règles, se dessinent les contours d'une plus grande diffusion, sans pour autant remettre en cause le principe du secret des avis. Cette diffusion, si elle implique une participation active du Conseil d'État, ne dépend pas que de cette institution. Ce sont les destinataires des avis, et en premier lieu le gouvernement, qui décide de la diffusion des avis.

B) Une procédure de diffusion échappant au Conseil d'État

La volonté du Conseil d'État a été une condition essentielle dans la diffusion des avis consultatifs du Conseil d'État, bien que l'institution et ses membres soient traditionnellement attachés à la discrétion. Comme l'écrivait Roger Latournerie, « en un temps où l'ambition quasi-générale est d'accéder aux feux de la rampe [...] le Conseil d'État [...] se cantonne dans une discrétion dont il ne s'éloigne jamais qu'à son corps défendant. [...] Tenu, en toute occasion, de dire avec une totale sincérité et, le cas échéant, avec fermeté, aux autorités supérieures [...] il a le devoir absolu que la netteté de ces déclarations et quelquefois de ces

critiques ne revête jamais un aspect de fronde et ne soit livrée en pâture aux controverses des parties. Ce mutisme n'est ainsi, pour ce corps, qu'un aspect de son loyalisme »³¹³.

Pour autant, c'est bien aux membres du Conseil d'État que l'on doit la diffusion des avis, notamment dans le rapport public³¹⁴. Il revient ainsi à la section du rapport et des études de soumettre au secrétaire général du gouvernement la liste des avis qu'il souhaite intégrer au rapport public. C'est également du fait de la seule volonté du Conseil d'État que l'application *Consiliaweb* a vu le jour, puisqu'aucun texte, ni même aucune volonté politique n'ont imposé sa création.

Cette volonté du Conseil d'État semble cependant trancher avec la décision du Chef de l'État de faire procéder à la diffusion des avis sur les projets de loi³¹⁵. Cette décision, ainsi que les modalités de diffusion des avis, montrent que seul le destinataire de l'avis est en mesure de diffuser ce dernier.

Le destinataire demeure le maître des avis. Il lui revient de lever le secret des avis³¹⁶. En ce qui concerne les avis du Conseil d'État rendus au gouvernement, c'est au secrétaire général du gouvernement d'autoriser ou non leur diffusion. Le *Guide de légistique* précise ainsi que « les avis et délibérations du Conseil d'État sont destinés au seul Gouvernement et ne doivent pas être rendus publics, sauf dérogation expresse accordée par le Premier ministre, consulté par les soins du secrétariat général du Gouvernement »³¹⁷.

Chaque publication doit ainsi être approuvée par le secrétaire général du gouvernement. Les avis sur les projets de loi ne peuvent intervenir qu'après la délibération du conseil des ministres³¹⁸. De même, l'avis n'est pas entièrement diffusé, puisque seule la note correspondant à l'avis est diffusée et non le texte modifié, le cas échéant, par le Conseil d'État. Par ailleurs, concernant les avis sur les questions de droit, ils ne sont publiés qu'après autorisation du même secrétaire général. La diffusion peut ainsi intervenir à la fin de l'année, lors de la publication du rapport public, ou bien peu de temps après la question posée³¹⁹. Il

³¹³ R. LATOURNERIE, « Qu'est ce que le Conseil d'État », R.A., 1960, p. 585.

³¹⁴ V. *supra*.

³¹⁵ Discours du Président de la République, 20 janvier 2015, *prec.*

³¹⁶ Comme le note O. SCHRAMECK, « Rapport de la commission Balladur : libres propos croisées de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », R.D.P. 2008, p. 3 et ss, « nous ne sommes pas dans un régime de secret, nous sommes dans un régime de publication sous condition absolument discrétionnaire du gouvernement et sous délais ».

³¹⁷ Légifrance, Guide de légistique, fiche 2.1.3.

³¹⁸ Rapport public du Conseil d'État, p. 206.

³¹⁹ Le site du Conseil d'État contient ainsi un onglet « Sélection des avis faisant l'objet d'une communication particulière ».

faut tout de même constater, avec Olivier Schrameck, que « nous sommes dans le clair-obscur. [...] Je pense que le système dans lequel en réalité les avis du Conseil d'Etat sont connus, mais sont connus avec l'autorisation du secrétariat général du gouvernement, et au terme de l'année, au moment où il ne s'agit plus de matière vive, mais d'une matière qui peut être utilisée seulement à l'occasion d'autres débats [...] est imparfait »³²⁰.

Notons tout de même que le Conseil d'État a déjà rompu la règle du secret : Jean-Marie Belorgey a ainsi précisé que le Conseil d'État ne l'a contournée que « quand le Gouvernement l'a transgressée lui-même en prêtant aux avis du Conseil un sens ou une portée différents de ceux qu'ils comportaient »³²¹.

En ce qui concerne les avis sur les propositions de loi, seuls les auteurs de la proposition de loi décident pour l'instant d'en énoncer des extraits, certains ayant même refusé toute diffusion, n'indiquant pas même le sens de l'avis³²².

Au travers de l'exposé de ces modalités, on peut constater que les avis sont *diffusés*. Parce que l'avis est dépourvu d'effets juridiques, c'est-à-dire non opposable, il semble inopportun de parler de *publication* de l'avis. Parce que l'avis peut être diffusé ou bien intégralement, ou bien simplement par résumé, et qu'il peut être accessible ou bien à quelques-uns, ou bien à des groupes, ou encore au grand public, il apparaît disproportionné de parler de *publicité* des avis, dès lors que la publicité implique que l'avis soit « public ». Or, les modalités de diffusion des avis démontrent que certains avis, s'ils sont diffusés, n'en sont pas moins entièrement publics, comme c'est par exemple le cas des avis rendus sur les projets et propositions de loi du pays. Le terme de *diffusion* des avis semble par ailleurs être le seul à même de rendre compte de façon aussi éclairante du mouvement qu'implique une telle diffusion.

Section 2. La transparence, justification de la diffusion des avis

La diffusion des avis s'inscrit incontestablement dans un mouvement plus large de transparence de l'action administrative. Le principe de transparence semble irriguer l'ensemble des droits. Si l'on peut dater l'apparition de la transparence dans la sphère administrative au cours des années 1970 en France, notamment au travers de l'accès aux

³²⁰ O. SCHRAMECK, *prec.*, p. 3 et ss.

³²¹ J.-M. BELORGEY, *prec.*, p. 40.

³²² *V. supra.*

documents administratifs³²³, force est de constater que d'autres pays nous ont précédé. C'est par exemple le cas de la Suède, qui consacra ce droit dès 1766 dans la loi fondamentale sur la liberté de la presse³²⁴. Cette loi fondamentale précise aujourd'hui encore les règles applicables relatives au droit d'accès aux documents officiels détenus par les autorités publiques³²⁵. Le droit de l'Union européenne a depuis 2001 intégré ces normes, puisque le traité sur l'Union européenne dispose que « les institutions, organes et organismes de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture. »³²⁶ Si c'est au nom de la transparence que la diffusion des avis consultatifs du Conseil d'État s'est développée (**Paragraphe 1**), il convient toutefois de délimiter certains contours à ce droit et de constater que certains principes impliquent également une plus grande diffusion des avis (**Paragraphe 2**).

§1. Une diffusion des avis s'inscrivant dans le mouvement de transparence de l'action administrative

La transparence est un principe reconnu par les textes et la jurisprudence du Conseil d'État. Si ce principe implique de véritables obligations juridiques, sa définition apparaît comme « incertaine et ambiguë »³²⁷. Repris dans de nombreux pans du droit, le principe de transparence nécessite d'être défini (**A**) avant de préciser que la diffusion des avis consultatifs du Conseil d'État en est une composante (**B**).

A) La transparence : un principe transversal du droit public

La transparence, en dehors du droit, est définie comme ce « qui laisse passer la lumière et paraître avec netteté les objets qui se trouvent derrière »³²⁸. En droit administratif, ce concept implique ainsi de laisser voir, ou plus précisément de reconnaître à des usagers devenus citoyens³²⁹ l'accès aux informations et aux documents administratifs. Jacques Chevallier précise ainsi que « la transparence va au-delà du simple accès au droit pour donner à l'administré prise sur le fonctionnement administratif : elle vise à rendre l'Administration moins opaque, à dissiper le brouillard qui l'entoure, à déchirer le voile qui la recouvre, à briser

³²³ V. *supra*.

³²⁴ Loi fondamentale sur la liberté de la presse, 2 décembre 1766.

³²⁵ V. notamment B. COTTIER, *La publicité des documents administratifs*, Etude de droit suédois et suisse, ed. Librairie Droz, 1982, p. 3.

³²⁶ Traité sur l'Union européenne, art. 15.

³²⁷ J. BIANCARELLI et N. ROBERT, « Le principe de transparence en droit communautaire », in *Mélanges Dubuis*, Dalloz, 2002, p. 498.

³²⁸ Le Petit Robert.

³²⁹ V. J-P. DUPRAT, « La transparence du processus parlementaire », in DRAGO Rolland (dir.), *La confection de la loi*, ed. PUF, coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p. 137.

le mur de silence qui la protège ; elle implique la levée de la règle du secret, qui constitue la garantie ultime de la construction bureaucratique. »³³⁰.

Cette notion de transparence a été consacrée au travers d'un ensemble de textes à partir de la fin des années 1970. Parmi les droits et obligations concernés, on trouve ainsi le droit d'accès aux documents administratifs, dont une commission est chargée de l'examen d'un recours préalable obligatoire³³¹, l'obligation de motivation de certains actes administratifs³³². La consécration de la notion de « citoyen » administratif est venue renforcer les obligations relatives à la transparence administrative en donnant notamment un droit d'accès aux noms des agents ayant traité d'une demande administrative³³³. Au-delà du domaine administratif, on constate le développement de la transparence dans le champ de l'action économique³³⁴, voire même politique³³⁵. Elle pourrait plus largement participer à la « lisibilité de l'action administrative »³³⁶

Un tel élargissement de la notion de transparence a pu être critiqué, car il ferait « chang[er] de sens » la notion de transparence, qui se traduit par « une vision [...] moralisatrice de la transparence », dont la revendication apparaît « sous-jacente à certains discours qui revendiquent la transparence absolue des pouvoirs et des acteurs publics. »³³⁷ Guy Carcassonne, quant à lui, dénonce une « névrose de transparence », précisant que selon lui, « La discrétion est suspecte, la pudeur malade, l'opacité illégitime, le secret monstrueux. Vivement que disparaissent les rideaux des fenêtres. »³³⁸

Sans aller jusqu'à une telle critique, la notion de transparence est une notion large et transversale du droit public, impliquant une mutation des relations entre le public³³⁹ et l'administration. Consacrant des droits, il semble que la transparence puisse essentiellement résider dans la capacité à accéder aux documents administratifs. Pour autant, au-delà de

³³⁰ J. CHEVALLIER, « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », D. 2000, p. 575 et ss.

³³¹ Loi du 17 juillet 1978 Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, v. *supra*.

³³² Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

³³³ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

³³⁴ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

³³⁵ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

³³⁶ L. CLUZEL-METAYER, *Le service public et l'exigence de qualité*, ed. Dalloz, 2006, p. 247.

³³⁷ J.-M. SAUVÉ, « Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général », in *Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ?*, Colloque à l'Assemblée Nationale du 5 juillet 2011 organisé par Transparence International France, <http://www.conseil-etat.fr/Media/CDE/Francais/discours-transparence-international> [consulté en ligne le 1er juin 2016], p. 4.

³³⁸ G. CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, 2001, p. 176.

³³⁹ V. en ce sens la dénomination du code des relations entre le public et l'administration.

l'obligation « passive »³⁴⁰ de communication des documents administratifs, se développe une « diffusion de l'information »³⁴¹ administrative. La diffusion des avis du Conseil d'État participe heureusement à ce mouvement de transparence. On peut s'en féliciter, car les missions consultatives du Conseil d'État sortent de l'ombre.

B) La diffusion des avis du Conseil d'État : une participation au principe de transparence de l'action administrative

Depuis longtemps des voix autorisées soulignent les « difficultés »³⁴² que peut poser « l'évolution générale des usages et des mœurs [qui] tend à remettre en cause les régimes de confidentialité plutôt qu'elle n'incline à leur offrir des justifications »³⁴³. La transparence apparaît comme étant le terreau de la diffusion des avis.

La doctrine ne se trompe pas lorsqu'elle l'affirme. La diffusion participe à la « transparence, la responsabilité et le dialogue entre des acteurs institutionnels. Pour qu'il y ait transparence, responsabilité, dialogue, il faut que les propositions des uns et des autres soient clairement connues »³⁴⁴. La plupart des auteurs ont la même lecture³⁴⁵.

Cette même exigence de transparence n'implique pas simplement une plus grande diffusion ; elle peut aussi, comme le note Laure-Alice Bouvier³⁴⁶, impliquer une modification des conditions de rédaction des avis³⁴⁷. En effet, pour le gouvernement, les projets de textes modifiés par le Conseil d'État le sont en « mode correction apparente », afin « d'aboutir à un texte, amélioré dans le fond et dans la forme, qui recueille l'accord de l'administration »³⁴⁸

Pourtant, il convient de noter que la loi de 1978³⁴⁹ mettant en place la Commission d'accès aux documents administratifs exclut la communication des avis du Conseil d'État³⁵⁰. La communicabilité des documents, rouage essentiel de la transparence de l'action publique,

³⁴⁰ L. CLUZEL-METAYER, *prec.*, p. 257.

³⁴¹ L. CLUZEL-METAYER, *prec.*, p. 257.

³⁴² J.-M. BELORGEY, « L'État entre transparence et secret », *Pouvoirs*, 2001, p. 28.

³⁴³ M. ROUX, « La fonction consultative du Conseil d'État », *R.A.*, n° spécial 6, 1999, p. 21.

³⁴⁴ O. SCHRAMECK, « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *R.D.P.* 2008, p. 3 et ss.

³⁴⁵ V. notamment P. GONOD, « La publicité des avis du Conseil d'État », *A.J.D.A.*, 2015, p. 369 et L.-A. BOUVIER, *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, ed. L.G.D.J., coll. *Systèmes pratique*, 2015, p. 123.

³⁴⁶ L.-A. Bouvier, *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, thèse, dact. Pantheon Assas, 2013, p. 242.

³⁴⁷ V. *infra*.

³⁴⁸ Guide du rapporteur, p. 73, cité par L.-A. BOUVIER, *prec.*, p. 242.

³⁴⁹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, v. *supra*.

³⁵⁰ Art. 6, repris par l'art. L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration.

excluait donc les avis du Conseil d'État. Des propositions de lois ont depuis tenté de remédier à cette difficulté³⁵¹, sans succès jusqu'à présent. Pour autant, d'autres pays ont fait le choix de communiquer les avis rendus par des organismes consultatifs sur les projets de loi, alors même que les lois encadrant la communication des documents n'imposaient pas une telle solution. C'est le cas de la Suède, qui dès 1766 adopta une loi fondamentale³⁵² relative à la liberté de la presse. On trouve dans cette loi des dispositions qui posent le principe constitutionnellement garanti de l'accès aux documents administratifs³⁵³. Or, s'il apparaît que l'accès aux documents qui constituent une préparation à une politique publique n'est pas assuré³⁵⁴, les avis rendus par le Conseil de la législation (*Lagrådet*³⁵⁵) sont en principe toujours publics³⁵⁶. La Suède a donc, au nom de la transparence, décidé de rendre entièrement publics les avis rendus par le Conseil de la législation.

En définitive, une relation ambiguë lie le secret des avis du Conseil d'État et sa consécration par le législateur. Il était indispensable pour qui souhaitait conserver la pratique du secret des avis de prévoir dans la loi une dérogation au principe législatif de la transparence administrative. La consécration de cette pratique était donc nécessaire. Mais, dans le même temps, son statut légal fragilise cette pratique. Ce qu'une loi peut faire, une autre peut le défaire... Le secret des avis, s'il a été consacré au rang de principe légal, peut désormais être renversé par une modification des textes.

La transparence a mené à une plus grande diffusion des avis. Mais elle n'a pas conduit à rendre publics les avis du Conseil d'État. Des limites au principe même de la transparence apparaissent en effet. Au-delà, d'autres principes peuvent également conduire et justifier une plus grande diffusion des avis du Conseil d'État.

§2. L'existence de notions concurrentes à la transparence

³⁵¹ V. notamment l'amendement n°81 sur le projet de loi pour une économie numérique, v. *supra*.

³⁵² Loi fondamentale du 2 décembre 1766 relative à la liberté de la presse. Traduction officielle en anglais consulté le 7 juin 2016 : <http://www.riksdagen.se/en/SysSiteAssets/07.-dokument--lagar/the-freedom-of-the-press-act-2015.pdf/>.

³⁵³ Chapitre 2 de la loi fondamentale.

³⁵⁴ L'article 9 précise ainsi que "Nor shall a memorandum which has been prepared at a public authority[...] be deemed to be an official document" [Un memorandum préparé par une autorité publique n'est pas considéré comme un document officiel, nous traduisons].

³⁵⁵ Commission chargée de prononcer des avis notamment sur les projets de loi, composé de membre de la Cour suprême et la Cour administrative suprême.

³⁵⁶ "The Council's statement of opinion is a public document which is included in the Government bill or standing committee statement, together with the draft text." [Les avis du Conseil sont des documents public qui incluent le projet du gouvernement ainsi que la version rendue par le Conseil, nous traduisons], à consulter sur le site du Conseil, onglet « in english », <http://www.lagradet.se/>.

Au-delà du principe de transparence qui conduit à une progression incontestable de la diffusion des avis du Conseil d'État, d'autres principes peuvent conduire ou bien à limiter une telle diffusion dans certains cas (A), ou bien ont d'autres fondements qui viennent justifier la diffusion des avis (B).

A) Les limites inhérentes à la transparence

Si la transparence est un objectif souhaitable, il convient pour autant de la concilier avec d'autres principes. Des « zones grises », propres à assurer une marge dans l'action aux autorités publiques semblent en effet nécessaires.

C'est ainsi que se positionne le vice-président du Conseil d'État, en précisant qu'une telle exigence doit être conciliée avec le respect d'un certain secret tenant principalement à la délibération du gouvernement :

« La transparence, [...] doit être conciliée avec le respect des secrets nécessaires à la protection des intérêts fondamentaux légitimes de l'Etat ou à la sérénité du processus de décision publique. Tel est le sens, par exemple, du secret des délibérations du Gouvernement, en tant qu'il protège en particulier l'élaboration des décisions gouvernementales, ou encore des secrets en matière de monnaie et de crédit, de sécurité et de défense nationale ou de relations internationales. Il faut se garder d'une vision trop univoque, irénique ou maléfique, de la puissance publique : celle-ci est au service de l'intérêt général et il est donc des secrets qui doivent être protégés dans l'intérêt non des décideurs publics, mais de la collectivité dans son ensemble. Tout l'enjeu –et la difficulté– sont à cet égard de délimiter de manière crédible les espaces de confidentialité, pour qu'ils ne couvrent pas des actes ou des pratiques inavouables et ne soient pas abusivement opposés à la représentation nationale, aux citoyens ou à la justice [...] »³⁵⁷

La portée de ce discours semble déjà assurée dans l'ordre interne, car la communicabilité des documents est limitée en fonction des contenus qui doivent

³⁵⁷ J.-M. SAUVÉ, « Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général », in Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ?, Colloque à l'Assemblée Nationale du 5 juillet 2011 organisé par Transparence International France, <http://www.conseil-etat.fr/Media/CDE/Francais/discours-transparence-international> [consulté en ligne le 1er juin 2016], p. 3.

nécessairement être protégés, comme ceux portant sur la défense nationale³⁵⁸. Plus généralement, il convient de délimiter un espace de confidentialité afin de ne pas mettre en péril le principe de transparence. D'une part, ce principe, appliqué trop strictement, pourrait en effet conduire le gouvernement à refuser de s'y soumettre³⁵⁹. En effet, une obligation trop contraignante pourrait être contreproductive, le Gouvernement pourrait ainsi décider de ne plus du tout diffuser les avis plutôt que de tous les diffuser. D'autre part, il convient de contraindre tout de même la puissance publique à respecter le principe de transparence pour qu'elle soit effective. Il faut alors « trouver un point d'équilibre »³⁶⁰. Or, l'établissement du cadre de la transparence affecte au plus haut point les conditions de diffusion des avis consultatifs du Conseil d'État, dès lors que ces avis se situent à la frontière entre les fonctions administratives, et les fonctions politiques. D'un côté, on tend à venir largement diffuser son avis ; de l'autre, le secret des délibérations du gouvernement, tel qu'il apparaît actuellement, semble s'y opposer. La recherche de cet équilibre est un véritable travail d'alchimiste.

La transparence est un objectif louable. Cependant des limites inhérentes à cet objectif font apparaître un cadre dont les contours sont encore flous. La diffusion des avis du Conseil d'État participe sans aucun doute à la transparence administrative. Les limites justifiant notamment l'absence de publication tiennent quant à elles au secret des délibérations du gouvernement. Entre la « maison de verre »³⁶¹ et le « secret monstrueux »³⁶², la transparence au sein des fonctions consultatives du Conseil d'État se définit progressivement.

Cependant, au-delà de la transparence et de ses limites, d'autres principes peuvent être invoqués pour justifier la diffusion des avis consultatifs.

B) Des principes concurrents justifiant la diffusion des avis

D'autres notions sont susceptibles d'être invoquées afin de justifier de la diffusion des avis du Conseil d'État.

³⁵⁸ L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration. V. *supra*.

³⁵⁹ V. en ce sens, J.-M. SAUVÉ, *prec.*, p. 3.

³⁶⁰ G. CARCASSONNE, *prec.*, p. 19.

³⁶¹ J. CHEVALLIER, *prec.*

³⁶² G. CARCASSONNE, *prec.*, p. 17.

Ainsi, pour certains, la diffusion des avis du Conseil d'État s'exprime davantage dans un mouvement de « démocratie administrative »³⁶³. On peut, comme le fait Jean-Bernard Auby, définir la démocratie administrative avant tout comme une « démocratie participative dans les rapports quotidiens des institutions publiques et des citoyens [qui impliquent] dans les procédures de résolution des problèmes publics des citoyens »³⁶⁴. Il apparaît que la diffusion des avis du Conseil d'État est un mécanisme qui participe à une meilleure information des citoyens, et plus généralement que la transparence s'inscrit dans le but d'améliorer les relations entre l'administration et les citoyens³⁶⁵. Certes, le droit à l'information constitue le premier volet de la démocratie administrative, compris alors comme « démocratie des droits »³⁶⁶, mais elle ne s'y limite pas. La démocratie administrative implique aussi une participation des administrés à l'élaboration de la norme. Or, la diffusion des avis du Conseil d'État ne semble pas participer du deuxième élément, dès lors qu'elle n'a pas pour objet de faire participer les citoyens à l'élaboration des normes.

Ainsi, la diffusion des avis du Conseil d'État peut être encouragée par la progression de la démocratie administrative, en ce que le premier mouvement de la démocratie administrative consiste en l'accès à l'information administrative. Toutefois, il semble difficile de réduire le mouvement de diffusion des avis à la démocratie administrative.

Le droit de l'environnement constitue un fondement invocable à la justification de la diffusion des avis consultatifs du Conseil d'État.

La charte de l'environnement³⁶⁷, intégrée au bloc de constitutionnalité³⁶⁸, dispose à son article 7 que « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Saisi d'une demande de communication d'un avis consultatif rendu par les sections administratives du Conseil d'État contenant des informations relatives à

³⁶³ Y. JÉGOUZO, « A propos de la fonction consultative du Conseil d'État », in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 516.

³⁶⁴ J.-B. AUBY, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », Revue française d'administration publique 1/2011 (n° 137-138), p. 13-19.

³⁶⁵ M. PASQUIER, « Introduction », in M. PASQUIER (dir.) Le principe de transparence en suisse et dans le monde, ed. Presses polytechniques et universitaires romandes, 2013, p. xii.

³⁶⁶ J. CHEVALLIER, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », RFAP, 2011, p. 217 à 227.

³⁶⁷ Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la charte de l'environnement.

³⁶⁸ V. CC, 19 juin 2008, n° 2008-564DC, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés ainsi que CE, Ass., 3 novembre 2008, Commune d'Annecy, n° 297931.

l'environnement, le Conseil d'État a précisé, en application des textes³⁶⁹, que « si les avis du Conseil d'Etat ne sont pas communicables, les informations relatives à l'environnement qu'ils pourraient le cas échéant contenir sont quant à elles communicables » sous réserve de la décision du Premier ministre qui apprécie « au cas par cas si la préservation du secret des délibérations du Gouvernement est de nature à faire obstacle à leur communication »³⁷⁰. Par cette décision, le juge concilie à bon droit la non-communicabilité des avis du Conseil d'État fixé par le législateur³⁷¹ et le droit à l'information en matière environnementale. Cette décision appelle deux commentaires. A la lettre même de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, il ne semblait pas que les avis du Conseil d'État soient de nature à exclure le droit à l'information en matière environnementale, puisque cet article dispose que « l'autorité publique peut rejeter la demande d'une information relative à l'environnement dont la consultation ou la communication porte atteinte : / 1° Aux intérêts mentionnés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 [...] ». Or, l'ancien article 6, repris désormais dans le code des relations entre le public et l'administration, distingue d'une part les documents non communicables³⁷², et d'autre part une liste d'intérêts protégés qui font obstacle à la communication des documents administratifs³⁷³. Précisant que « les avis du Conseil d'Etat [...] au vu desquels le Gouvernement adopte ses textes [...] sont couverts par le secret de ses délibérations », le juge du Palais Royal s'est fondé sur le motif tiré du fait que les avis du Conseil d'État sont protégés par le secret des délibérations du gouvernement. Ce secret est listé comme un intérêt protégé limitant le droit d'accès aux documents administratifs. Ainsi, le juge administratif a rendu sa décision conformément au code de l'environnement. Pour autant,

³⁶⁹ Art. L. 124-1 : « Le droit de toute personne d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues, reçues ou établies par les autorités publiques mentionnées à l'article L. 124-3 ou pour leur compte s'exerce dans les conditions définies par les dispositions du titre Ier de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal, sous réserve des dispositions du présent chapitre » et art. L. 124-4 : « I. Après avoir apprécié l'intérêt d'une communication, l'autorité publique peut rejeter la demande d'une information relative à l'environnement dont la consultation ou la communication porte atteinte : / 1° Aux intérêts mentionnés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 précitée, à l'exception de ceux visés au e et au h du 2° du I de cet article (..) » ; qu'aux termes des dispositions de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978, aujourd'hui codifiées aux articles L. 311-5 à L. 311-8 du code des relations entre le public et l'administration : " I.- Ne sont pas communicables : /1° Les avis du Conseil d'Etat (..)/ 2° Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte : / a) Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif (..) ».

³⁷⁰ CE, 30 mars 2016, 10e et 9e S.S.R., Association France nature environnement, n° 383546.

³⁷¹ L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration.

³⁷² Dont font partie les avis du Conseil d'État.

³⁷³ Art. L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration : « Les autres documents administratifs dont la consultation ou la communication porterait atteinte :

- a) Au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif ;
- b) Au secret de la défense nationale ;
- c) A la conduite de la politique extérieure de la France ;
- d) A la sûreté de l'Etat, à la sécurité publique ou à la sécurité des personnes ;
- e) A la monnaie et au crédit public ;
- f) Au déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou d'opérations préliminaires à de telles procédures, sauf autorisation donnée par l'autorité compétente ;
- g) A la recherche, par les services compétents, des *supractions* fiscales et douanières ;
- h) Ou sous réserve de l'article L. 124-4 du code de l'environnement, aux autres secrets protégés par la loi. ».

dès lors que seul le secret des délibérations du gouvernement est à même de faire obstacle à la communication de l'avis, on peut se demander si les avis rendus sur les questions de droit sont, quant à eux, toujours communicables lorsque sera invoqué le droit à l'information environnementale. En effet, dès lors que ces avis ne portent pas sur un texte sur lequel le gouvernement est amené à délibérer, il semble qu'un tel mécanisme impliquera nécessairement la communication des informations demandées, alors même que la loi précise que les avis du Conseil d'État ne sont pas communicables.

Par ailleurs, la décision du Conseil d'État n'a pas pour effet de permettre une communication intégrale de l'avis. Seront communiquées aux requérants uniquement les informations environnementales contenues dans ces avis. Le droit de l'environnement constitue donc un fondement limité pour la diffusion des avis, car il ne permet pas la diffusion complète de l'avis, et parce qu'il est de fait circonscrit aux avis touchant les questions environnementales.

Le panorama constitué tant par les règles de droit que par les pratiques des pouvoirs publics apparaît finalement appeler plusieurs remarques.

Tout d'abord, il faut affirmer, qu'aujourd'hui encore, les avis du Conseil d'État ne sont pas publiés. La règle du secret se maintient, toujours justifiée par le rôle du Conseil d'État, au service des pouvoirs publics. Certes le Conseil d'État n'est plus seulement un conseiller du gouvernement : il est désormais un conseiller des pouvoirs publics au sens large, incluant le Parlement et les collectivités locales d'outre-mer. Au-delà de ces modifications, le Conseil d'État demeure au service des pouvoirs publics : c'est au nom de cette mission que les avis qu'il rend sont indisponibles. Ils appartiennent à leurs destinataires, qui sont libres de leur donner une suite, et libres de procéder, ou non, à leur diffusion. Cette solution est désormais consacrée en droit positif. Le législateur a ainsi doté le principe du secret des avis du Conseil d'État d'une assise légale, ce qui était nécessaire dès lors que l'on souhaitait d'une part développer l'accès aux documents administratifs et d'autre part exclure de ce droit ces avis. Cette assise semble pourtant en même temps fragiliser la règle du secret. Désormais, cette règle peut être modifiée par le législateur comme en témoignent les récentes initiatives parlementaires à cet effet. Il peut ainsi remettre en cause ce qui semble être un principe cardinal tout autant pour le destinataire de l'avis que pour le Conseil d'État.

Ensuite, si jusqu'à présent la règle du secret demeure, on constate tout de même, et de manière significative, que les avis du Conseil d'État sont de plus en plus diffusés, quitte à ce que la majorité des avis soient désormais accessibles au public. La progression de la diffusion,

qu'on peut faire remonter jusqu'au milieu des années 1970, est manifestement animée par un même ressort. Au travers d'une diversité de canaux, la fonction consultative du Conseil d'État est de plus en plus visible. Si la diffusion des avis n'est pas générale, la transparence apparaît comme la justification de son développement.

Enfin, l'absence de tout encadrement juridique de cette diffusion (en dehors du cas limité du droit à l'information environnementale) ainsi que le mouvement de progression impliquent alors l'utilisation du terme de diffusion. Le terme de publicité apparaît comme insuffisant à montrer le mouvement de diffusion des avis et la progression de cette diffusion.

Certes, les avis ne sont toujours pas publiés, et la règle du secret n'est pas affectée par les évolutions de la fonction consultative du Conseil d'État. Pourtant, la diffusion des avis n'est pas sans effets. Elle semble creuser le sillon d'une transformation importante de la fonction consultative. Ces modifications, au demeurant déjà visibles pour certaines, affecteront tant le Conseil d'État dans son ensemble – la diffusion des avis ayant un impact sur ses fonctions contentieuses et sur les relations qu'il peut avoir avec les autres juges –, que les avis eux-mêmes, dès lors que la rédaction des avis est modifiée et que leur contenu peut être impacté.

TITRE 2. DES CONSEQUENCES MULTIPLES DE LA DIFFUSION DES AVIS CONSULTATIFS DU CONSEIL D'ÉTAT

La diffusion des avis consultatifs du Conseil d'État telle qu'on la connaît à ce jour est un mécanisme récent comparé aux plus de 217 ans d'existence de l'institution sous sa forme moderne. Surtout, la transparence appliquée aux fonctions consultatives du Conseil connaît un rythme de développement soutenu, qui dépasse sans doute celui que le Conseil d'État aurait attendu³⁷⁴. Ces évolutions conduiraient-elles le Conseil d'État, désormais sous les feux de la rampe, à modifier son comportement ? Assurément, le Conseil d'État a changé, tant dans ses fonctions consultatives et ses avis qu'en tant qu'institution. Les conséquences, déjà visibles ou encore attendues, de la diffusion des avis sont même clairement définies par le vice-président du Conseil d'État, affirmant encore récemment que si la « publicité [des avis] ne modifie en rien la teneur de ces avis, [...] elle a profondément changé leur rédaction et leur présentation »³⁷⁵. Pour certains auteurs, une telle diffusion pourrait même conduire le Gouvernement à consulter le Conseil d'État de façon occulte³⁷⁶. Néanmoins, il ne faut pas oublier que c'est au commanditaire de l'avis que revient le choix de la diffusion et de son étendue, et il apparaît ainsi plus vraisemblable que les destinataires préfèrent, en l'état actuel du droit, ne pas diffuser l'avis, plutôt que de consulter le Haut Conseil sans respecter les procédures.

La diffusion des avis entraîne des effets divers, impactant tant les avis eux-mêmes (**Chapitre 1**) que le Conseil d'État dans son ensemble (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. Des impacts limités sur les avis consultatifs du Conseil d'État

Les avis rendus par le Conseil d'État sont en partie transformés par les mécanismes de diffusion. Auparavant transmis au seul destinataire de l'avis, certains sont désormais accessibles au grand public : c'est le cas notamment des avis rendus sur les projets de loi. Or, le changement de destinataire fait muter la fonction des avis. D'un document de travail confidentiel, on passe à une opinion juridique autorisée rendue par une institution de premier

³⁷⁴ On pense à la diffusion des avis sur les projets de loi, décidée par le Président de la République. V. *supra*.

³⁷⁵ J.-M. SAUVÉ, Discours du 6 juin 2016 à l'occasion de la visite du Premier ministre au Conseil d'État, consulté en ligne le 10 juin 2016 : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/62763/563388/version/2/file/2016-06-06%20Visite%20du%20Premier%20ministre%20au%20Conseil%20dEtat.pdf>, p. 2.

³⁷⁶ L.-A. BOUVIER, thèse, préc., p. 297.

plan. Le Conseil d'État « contribue [alors] à un débat démocratique plus éclairé et transparent »³⁷⁷, devant désormais faire œuvre de pédagogie³⁷⁸. Si la diffusion des avis du Conseil d'État a donc fait muter les fonctions des avis (**Section 1**), elle est sans impact sur leur nature (**Section 2**), dès lors qu'on ne saurait reconnaître à un avis d'être opposable, même lorsque celui-ci est diffusé.

Section 1. Un changement notable de la fonction des avis

La diffusion des avis a modifié de façon importante la fonction des avis. Jusque-là destinée au seul Gouvernement, la diffusion fait peser sur le Conseil d'État une obligation de s'exprimer plus largement à un plus large public.

Ce mécanisme a conduit le Conseil d'État à transformer de façon notable la forme des avis et les techniques rédactionnelles, rendant son opinion plus explicite (**Paragraphe 1**). Ce changement peut impliquer ainsi, sans cette fois-ci que le Conseil d'État ait agi en ce sens, une plus grande politisation des avis (**Paragraphe 2**), le débat public s'en emparant.

§1. Une nouvelle forme des avis, plus explicite et pédagogique

La diffusion des avis a pour effet de faire passer de l'ombre à la lumière l'analyse du Conseil d'État, qu'il s'agisse d'une réponse à une question posée, ou d'un avis sur un texte. Ce mouvement s'accompagne d'une nouvelle mission du Conseil d'État. Celui-ci doit rendre des avis plus explicites et pédagogiques tout en conservant leur utilité pour leur destinataire. Si le destinataire de l'avis reste l'autorité qui l'a sollicité, le Conseil d'État conçoit donc l'avis en ayant à l'esprit qu'il pourra faire l'objet d'une diffusion, et en adaptant son discours au public potentiel qui pourrait avoir accès à l'avis. Le Haut Conseil a ainsi fait évoluer les techniques rédactionnelles des avis pour les rendre ainsi plus compréhensibles à un public même non initié. L'utilisation de notes venant préciser la portée de l'avis est ainsi renforcée (**A**), tandis que l'impact sur le contenu paraît limité (**B**).

³⁷⁷ J.-M. SAUVÉ, *prec.*, p. 2.

³⁷⁸ J.-M. SAUVÉ, *prec.*, p. 3.

A) Le développement du recours à la note, garant d'une meilleure compréhension des avis

Les avis du Conseil d'État étaient encore récemment rédigés de différentes manières, en fonction de leur objet. Lorsqu'il s'agissait d'un avis sur une question posée par un ministre, l'avis faisait l'objet d'une note dans laquelle le Conseil précisait les réponses apportées et leur motivation. D'un autre côté, les avis du Conseil d'État rendus sur les projets de textes législatifs et réglementaires consistaient avant tout en une réécriture du texte soumis à l'examen du Conseil. L'avis du Conseil d'État consiste la plupart du temps en une réécriture du projet de texte en correction apparente³⁷⁹ pour plus de transparence. Plus rarement, lors de l'examen des projets de loi, voire des projets de textes réglementaires, le Conseil d'État présentait une note, facultative³⁸⁰, qui inscrivait la position du Conseil d'État et justifiait les modifications effectuées. Cette note était rédigée lors d'une position divergente entre le Conseil d'État et les commissaires du gouvernement³⁸¹, ou bien demandée par les commissaires du gouvernement en cas de difficulté sur un point du texte. Cette note précise l'opinion du Conseil d'État, et les raisons qui peuvent le conduire, par exemple, à modifier ou rejeter une partie du texte présenté par le Gouvernement. On peut trouver ainsi, au sein du rapport public la mention « le Conseil d'État a attiré l'attention du Gouvernement » ou bien à « suggéré au Gouvernement »³⁸² dans l'explication des avis ayant donné lieu à une note en plus du texte modifié. C'est le cas, par exemple, de l'avis rendu sur un projet de décret relatif à la régulation des dépenses de médicament³⁸³ qui précise que l'avis a « disjoint certaines dispositions au projet », puis a « en outre, [...] attiré l'attention du gouvernement sur l'utilité d'une révision d'ensemble des dispositions du code de la sécurité sociale relatives aux prérogatives des caisses en matière de recouvrement. ».

³⁷⁹ V. *supra*.

³⁸⁰ V. L.-A. BOUVIER, *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, dact., Université Pantheon Assas, p. 244. V. également H. HOPFFNER, « Les avis du Conseil d'État, Essai de synthèse », R.F.D.A. 2009, p. 899.

³⁸¹ V. L.-A. BOUVIER, *prec.*, p. 245.

³⁸² V. C.E., Ass. G., 3 juillet 2014, Avis, *Projet de loi prévoyant l'expulsion des étrangers séjournant ou transitent fréquemment en France*, n°388.885, dont la portée est accessible (et non sur *Conciliaweb*) dans le rapport public 2015 : le Conseil d'Etat « a suggéré au gouvernement de créer une interdiction administrative d'entrée et de circulation sur le territoire. ».

³⁸³ CE, Soc., 15/03/2011, *Projet de décret relatif à la régulation des dépenses de médicaments et de la liste des produits et prestations résultant de prescriptions médicales effectuées dans les établissements de santé et remboursés sur l'enveloppe des soins de ville*, n° 385.064, au publié Rapport public du Conseil d'État, E.D.C.E, 2012, p. 272.

Sur les propositions de loi, au contraire, le Conseil d'État ne rend pas une nouvelle version du texte mais une note uniquement, qui peut en revanche contenir des éléments de modification du texte³⁸⁴.

La diffusion des avis du Conseil d'État modifie ces pratiques de rédaction. Désormais, les avis sur les projets de loi, en principe diffusés, font l'objet d'une note expliquant la position du Conseil d'État et diffusée aux assemblées, tout en joignant, à destination du seul Gouvernement, une version réécrite du projet de loi présenté³⁸⁵. Si c'est uniquement la note qui est diffusée, cela tient d'abord du fait que la diffusion du seul projet de texte modifié par le Conseil d'État n'apparaît ni claire, ni lisible pour le grand public et les personnes qui n'ont pas assisté aux séances d'examen du texte³⁸⁶. D'autre part, la seule diffusion de la note du Conseil d'État préserve en partie le secret des délibérations du Gouvernement, sans quoi il serait possible de savoir sur quelle disposition le Gouvernement a refusé de reprendre les modifications proposées par le Conseil d'État. En effet, les opposants au projet pourraient alors penser que le texte n'est pas fiable juridiquement, dès lors qu'il s'écarterait de la rédaction proposée par le Conseil d'État. La seule diffusion de la note limite ces effets.

Le fait que la note soit le seul document qui soit diffusable explique aussi que ce sont d'abord les avis sur les questions de droit du Gouvernement qui ont été diffusés³⁸⁷, ces avis consistant en des notes.

Par ailleurs, les avis ont depuis longtemps changé de forme dans leur rédaction. Jusqu'en 1974, ils étaient en effet rédigés sous forme de « considérant »³⁸⁸, comme au contentieux, ce qui devait conduire à brouiller les limites entre les deux fonctions du Conseil.

³⁸⁴ « L'avis du Conseil d'État sur la présente proposition de loi prend donc la forme de suggestions ou d'observations portant sur certains articles seulement » V. MOREL-A-L'HUISSIER Pierre, Rapport n°3331 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale, de la république sur la proposition de loi (n°2977) de M. Pierre Morel-A-L'Huissier, relative à l'engagement des sapeurs-pompiers volontaires et à son cadre juridique, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3331.asp>, (consulté en ligne le 6 mai 2016).

³⁸⁵ J.-M. SAUVÉ note ainsi que le Conseil d'État « procèdera toujours à ce qui est, à ses yeux, son apport essentiel, c'est-à-dire à la réécriture des projets de texte dont il est saisi. ». J.-M. SAUVÉ, « Conseiller les pouvoirs publics : le rôle consultatif du Conseil d'État de France », Intervention le 2 mars 2015 à l'université de Ljubjana, p. 11.

³⁸⁶ Rappelons que les commissaires du gouvernement sont présents lors de l'examen du texte par les sections administratives et l'Assemblée Générale. Ils participent aux débats et sont donc à même de présenter au Gouvernement les justifications du Conseil d'État.

³⁸⁷ V. *supra*.

³⁸⁸ « Jusqu'en 1974, les avis étaient même rédigés presque comme des arrêts, chaque paragraphe commençant par la formule « considérant » et se terminant par un point-virgule pour montrer que les avis ne constituaient qu'une seule phrase [...] A partir de 1974, la rédaction a été modifiée et allégée pour prendre la forme moins convenue que l'on connaît aujourd'hui », H. HOPFFNER, *prec.*, p. 903.

Au-delà de la modification formelle, il semble que les avis ne contiennent que très peu de modifications de contenu.

B) Une modification limitée du contenu de l'avis

Le contenu des avis apparaît peu affecté par la diffusion des avis. Le vice-président du Conseil d'État a ainsi précisé que « cette publicité ne modifie en rien la teneur de ces avis »³⁸⁹.

Bien que certains aient redouté que, soumis à un regard extérieur, le Conseil d'État ne rédige pas ses réponses « avec la même liberté dans la même indépendance »³⁹⁰, il semble que la diffusion des avis n'ait entamé ni le « lien de confiance »³⁹¹ qui unit le Conseil d'État et le Gouvernement, ni la liberté de parole du Conseil d'État.

Pour autant, on constate que de faibles modifications ont lieu, liées au développement des notes rendues sur les projets de loi. N'étant que facultatives jusqu'à présent, les notes annexées aux avis sur les projets de loi présentaient principalement des « points de vue divergents ou des préconisations vis-à-vis desquelles le gouvernement est libre de passer outre »³⁹². Le Conseil d'État pouvait également être amené à rédiger des « notes de rejet »³⁹³ lorsqu'il rejetait entièrement le texte. Ces notes étaient donc avant tout le signe d'une opposition du Conseil d'État au texte présenté par le Gouvernement, qu'elles expriment une opposition aux dispositions présentées, ou qu'elles déplorent une carence du projet.

Désormais, la note, qui a pour objet d'être diffusée, doit tout à la fois présenter l'opinion du Conseil d'État sur le texte mais également être claire, lisible et accessible. Dès lors, comme le précise Jean-Marc Sauvé : « le Conseil d'État sera [...] conduit à développer et enrichir, d'une manière systématique, son opinion sur chacune des questions majeures que soulève le texte examiné par lui, alors qu'aujourd'hui son avis est principalement consacré aux points de désaccord avec le Gouvernement »³⁹⁴.

³⁸⁹ J.-M. SAUVÉ, Discours à l'occasion de la visite du Premier ministre, prec., p. 12.

³⁹⁰ P. MAZEAUD, « Libres propos croisés d'Olivier Schrameck et de Pierre Mazeaud », R.D.P., 2008, p. 3 et s.

³⁹¹ J.-M. SAUVÉ, prec., p. 11.

³⁹² O. SCHRAMECK, « Libres propos croisés d'Olivier Schrameck et de Pierre Mazeaud », prec., p. 3 et s.

³⁹³ H. HOEPFFNER, prec., p. 899.

³⁹⁴ J.-M. SAUVÉ, « Conseiller les pouvoirs publics, le rôle consultatif du Conseil d'État de France », prec., p. 11.

L'enjeu pour le Conseil d'État est tout à la fois de présenter un texte qui reflète entièrement son opinion, alors que jusqu'à présent, les notes étaient principalement destinées à préciser les points de tensions ou de désaccord avec le Gouvernement, et également de préciser le contexte de la consultation dans lequel il a rendu son avis. Cette modification du contenu de l'avis semble davantage cosmétique que porter sur le fond de la consultation.

En revanche, le fait qu'une note doive être diffusée peut devenir un frein pour le développement de la diffusion des avis du Conseil d'État, notamment en ce qui concerne les projets de textes réglementaires, qui sont nombreux à être soumis à l'examen du Haut Conseillé. En effet, ce travail ralentit et alourdit les tâches des sections administratives, et pourrait peser sur l'efficacité du Conseil d'État.

Si la présentation des avis du Conseil d'État a évolué pour accompagner l'augmentation du nombre de ses destinataires, l'impact sur le contenu de cet avis nous semble minime. Cet impact apparaît en réalité comme une conséquence de l'évolution des méthodes de travail du Conseil d'État, elles-mêmes modifiées par la mutation de la fonction des avis du Conseil du Palais-Royal. Dès lors que les avis ne sont plus destinés au seul Gouvernement et à ses experts, la fonction des avis change : l'avis n'a plus simplement pour fonction de répondre à une sollicitation du Gouvernement, mais également de porter la vision du Conseil d'État dans le débat public.

§2. Une nouvelle fonction des avis : éclairer le débat public

Le Conseil d'État connut de multiples mutations au fil des ans : de conseiller du Gouvernement, il est devenu conseiller des pouvoirs publics³⁹⁵ ; de même, de conseil juridique des pouvoirs publics, il doit désormais éclairer le débat public. Cette mutation de fonction implique que l'avis est désormais reçu d'une manière différente. Dès lors qu'il peut être consulté par un public large et non plus seulement par son destinataire *stricto sensu*, les avis du Conseil d'État sont susceptibles d'être utilisés à d'autres fins que celles initialement prévus. Les avis diffusés servent ainsi tout autant à l'amélioration du débat public au sein des assemblées qu'aux administrations ou autres acteurs. La diffusion des avis permet ainsi une meilleure prise en compte de l'expertise du Conseil d'État (A). En revanche, la diffusion des

³⁹⁵ V. *supra*.

avis peut mettre à mal l'expertise du Conseil si son contenu fait l'objet de déformation, voire d'une lecture politisée (B).

A) Une diffusion des avis permettant la prise en compte accrue de l'expertise du Conseil d'État

La diffusion des avis permet, en dehors du destinataire initial de l'avis, à un nombre important d'acteurs de prendre en compte l'avis du Conseil d'État. L'avis, plus accessible, peut alors servir de base de réflexion ou, lorsqu'il s'agit d'un avis sur une question du Gouvernement, de réponse pratique à destination des administrations, des praticiens du droit, ou enfin des parlementaires.

La diffusion des avis peut concerner, en premier lieu, les parlementaires. C'est en effet aux Assemblées que sont transmis les avis rendus sur les projets de loi. Ces avis sont ensuite rendus publics dès lors que les dossiers législatifs le sont. Il apparaît alors que la diffusion d'avis peut être utile au débat parlementaire. Elle fut d'ailleurs réclamée régulièrement par les parlementaires³⁹⁶. Elle avait été invoquée en 2007 lors des conclusions du rapport Balladur, en justifiant qu'elle entraînerait une amélioration de la « qualité du travail législatif »³⁹⁷. Cette demande fut récemment réaffirmée par Claude Bartolone, qui précisait « qu'il serait utile, pour le Parlement et pour le débat, que l'avis soit rendu public dans son intégralité [dès lors que] le Conseil d'État porte un regard juridique de grande qualité sur les textes qui nous sont soumis et ses avis permettent d'identifier les éventuels risques d'inconstitutionnalité. »³⁹⁸. Plus généralement, la diffusion des avis permet en partie de combler les lacunes dans « l'égalité des armes dans la procédure législative »³⁹⁹, puisque désormais, tant le Gouvernement que le Parlement disposent de l'avis⁴⁰⁰. Elle pourrait également conduire le législateur à mieux respecter les domaines législatifs et réglementaires fixés par la Constitution⁴⁰¹, dès lors que, contrairement au Conseil constitutionnel, l'avis est rendu avant l'examen de la loi en commission.

³⁹⁶ V. en ce sens, Réponse à une question parlementaire, R.D.P. 1984, p. 463.

³⁹⁷ « Le Comité a estimé qu'il serait utile à la qualité du travail législatif que les avis émis par le Conseil d'État sur les projets de loi dont il est saisi en application de l'article 39 de la Constitution soient rendus publics. », Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, dit Comité Balladur, rapport public « Une Ve République plus démocratique », 2007, URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf>.

³⁹⁸ C. BARTOLONE, « Penser et voter la loi », J.C.P.E, 2015, n° 14, p. 3.

³⁹⁹ L.-A. BOUVIER, thèse, préc., p. 291.

⁴⁰⁰ Même si le Conseil d'État, dispose en plus de la note, le texte modifié par le Conseil, v. *supra*.

⁴⁰¹ V. En ce sens, Y. JÉGOUZO, « A propos de la fonction consultative du Conseil d'État », in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 516.

Les administrations et les praticiens du droit peuvent trouver un intérêt dans une plus grande diffusion des avis. En effet, face à certaines dispositions obscures, les avis du Conseil d'État peuvent apparaître comme une source complémentaire du droit, au même titre que les débats parlementaires. Marceau Long constate ainsi que « les avis sont guettés, attendus, recherchés, commentés dans les matières qui font l'objet de changements importants ou rapides, lorsqu'il y a incertitude sur l'interprétation de nouvelles lois, de nouveaux décrets, ou que l'on croit noter des contradictions ou des lacunes »⁴⁰². Plus généralement, les professionnels du droit pourraient plus facilement avoir accès aux règles et principes qui encadrent l'activité administrative⁴⁰³. Pour autant, l'accessibilité de ces avis implique un traitement par des outils performants et une analyse fine des avis du Conseil d'État par la doctrine, sans quoi l'information, livrée brute, ne pourrait pas être réellement utile à ses nouveaux destinataires⁴⁰⁴.

Enfin, la diffusion des avis du Conseil d'État témoigne, auprès de la doctrine, des fonctions consultatives du Conseil d'État qui apparaissent encore peu connues. La confidentialité des avis y a sans doute joué un grand rôle. On constate qu'à l'initiative de René Cassin et Marcel Waline⁴⁰⁵, les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* ont été publiés dès 1956, tandis que la première édition des *Grands avis du Conseil d'État*, n'a été publiée qu'en 1997, soit plus de 40 ans après. Ainsi, seules trois éditions sont depuis disponibles, tandis que vingt éditions sont disponibles pour les *Grands arrêts*. De même, la diffusion de ces ouvrages n'est pas la même. A travers le monde, ce sont plus de 483 bibliothèques qui disposent d'un exemplaire des *Grands arrêts*⁴⁰⁶, tandis que la dernière édition des *Grands avis* n'est disponible « que » dans 203 bibliothèques⁴⁰⁷. Dès lors, une plus grande diffusion des avis ne pourra qu'encourager les chercheurs à s'y plonger davantage.

⁴⁰² M. LONG, préface, in Y. GAUDEMET et al., *Les grands avis du Conseil d'État*, prec., p. VIII.

⁴⁰³ H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État », R.F.D.A., 2009, p. 909.

⁴⁰⁴ Nous reprenons les conclusions du rapport de Michel Pinault, rendus à propos des revirements de jurisprudence, qui précisent que « Trop informer peut tuer l'information. Trop publier revient à « noyer » dans la masse en rendant difficile la discrimination entre ce qui est essentiel et ce qui est secondaire », M. PINAULT, Rapport général du groupe de travail « incertitude et sécurité juridique », 2005, consulté en ligne le 14 juin 2016 : https://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2005_2033/rapport_general_8048.html. "Il faut noter que Jean-Marc Sauvé, lors de ses vœux en 2016, avait précisé qu'il fallait s'inspirer du rapport de Michel Pinault, sans pour autant préciser s'il s'agit, ou non, de ce rapport en particulier. V. J-M SAUVÉ, « Vœux du vice-président aux membres et agents du Conseil d'État », discours du 18 janvier 2016, consulté en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/54284/480080/version/1/file/2016-01-18%20V%C5%93ux%20du%20Conseil%20d%20Etat%202016.pdf>, p. 5.

⁴⁰⁵ P. GONOD, préface in R. CASSIN et M. WALINE (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Réédition de la 1ère ed, Dalloz, 2006, p. IV à XIII.

⁴⁰⁶ Chiffre sur la 19e ed., à partir du site internet wordcat, https://www.worldcat.org/title/grands-arrets-de-la-jurisprudence-administrative/oclc/859443697&referer=brief_results.

⁴⁰⁷ Chiffre sur la 3e ed., à partir du site *wordcat*.

Mais la diffusion des avis, si elle permet une meilleure prise en compte de l'avis du Conseil d'État, semble également induire des risques de politisation des avis du Conseil d'État. Le Conseil d'État ne se limitant pas seulement à une analyse juridique dans ses avis⁴⁰⁸, ses avis pourraient être lus d'une manière politique.

B) Une diffusion de l'avis faisant courir un risque de politisation des avis

Les avis du Conseil d'État ne contiennent pas seulement des dispositions relatives à la régularité juridique. Le Conseil du Palais-Royal interroge aussi l'opportunité des dispositions présentées. Il l'a lui-même précisé, en 1993, en estimant que la Section de l'intérieur avait statué non pas « sur le terrain de la compétence mais sur celui de l'opportunité »⁴⁰⁹ pour proposer que la durée du mandat des administrateurs et des présidents des sociétés de radio et télédiffusion soit de cinq ans et non de trois.

Le rôle du Conseil d'État, en tant que conseiller des pouvoirs publics, en particulier pour les projets et propositions de loi, peut apparaître, par nature, sensible et politique. Certains ont vu dans l'examen par le Haut Conseil des projets de loi le témoignage du rôle politique du Conseil d'État, au détriment des représentants de la souveraineté nationale⁴¹⁰. Ce faisant, le Conseil d'État serait « une instance à la frontière de l'administration et de la politique »⁴¹¹.

Pour certains auteurs, la diffusion des avis pourrait conduire à une « translation des débats du Conseil d'Etat sur le terrain de la polémique politique, la promotion des avis comme éléments du débat public infléchissant nécessairement le cours et la nature des délibérations »⁴¹².

Il est vrai que certains avis, qui ont été diffusés soit par la volonté des destinataires, soit par le biais de fuites dans la presse, ont fait l'objet de commentaires politiques, relayés notamment par la presse. L'exposition du Conseil n'est pas récente, et des controverses émaillent l'histoire du Conseil.

⁴⁰⁸ V. *supra*.

⁴⁰⁹ *Etudes et documents du Conseil d'État*, n° 45, 1993, p. 148.

⁴¹⁰ V. sur cet enjeu, J. MASSOT et T. GIRARDOT, *prec.*, p. 82.

⁴¹¹ F. DE BAECQUE, « Le Conseil d'État, conseil du Gouvernement », in F. DE BAECQUE et J.-L. QUERMONNE, *Administration et politique sous la Ve République*, ed. Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1982, p. 132.

⁴¹² P. GONOD, « La publicité des avis du Conseil d'État », *A.J.D.A.* 2015, p. 639.

Le 15 mai 1879, le Conseil d'État rédigea un projet de décret déclarant que l'archevêque d'Aix avait commis un abus, dans un contexte particulièrement tendu. Le projet de décret fut adopté et publié au *Bulletin des Lois*. Malgré la volonté des membres de la Section de l'intérieur de garder secrets les débats, ils furent livrés à la presse, et le projet fut largement commenté et contesté.⁴¹³ Plus récemment, le Conseil d'État s'était opposé par un avis du 1^{er} octobre 1962 à la tenue du référendum du 28 octobre 1962⁴¹⁴. Le Conseil d'État avait justifié son avis en considérant qu'un référendum portant sur une révision constitutionnelle ne pouvait être organisé que sur le fondement de l'article 89⁴¹⁵ de la Constitution, et non sur le fondement de l'article 11⁴¹⁶. Cet avis fut très vite diffusé dans la presse⁴¹⁷, qui le commenta, y voyant une marque de défiance politique du Conseil d'État vis-à-vis de l'exécutif. Le Conseil d'État se trouva également largement exposé en ce qui concerne l'avis rendu à propos du référendum du 27 avril 1969⁴¹⁸. Le Conseil, dans un avis du 17 mars 1969⁴¹⁹, précisa qu'il rendait un avis négatif à une telle organisation du référendum pour les mêmes raisons qu'en 1962⁴²⁰. Cet avis fut rendu public avant même que l'assemblée générale du Conseil d'État ne l'ait voté, par M. Abelin, secrétaire général du centre démocrate le 15 mars⁴²¹. Le 19 mars, le journal *Le Monde* publiait ses analyses de l'avis du Conseil d'État. Le 26 mars 1969, le Gouvernement autorisa la diffusion de l'avis dans le journal *Le Figaro*, en publiant en face ses observations. Enfin, citons l'avis du Conseil d'État rendu sur la question du « foulard islamique »⁴²², qui a eu une grande résonance dans l'opinion publique⁴²³. Saisi pour avis par le ministre de l'éducation nationale, suite à la décision d'un

⁴¹³ V. sur l'ensemble de l'affaire, V. WRIGHT, « L'affaire de l'archevêque d'Aix devant le Conseil d'État en 1879 », Revue d'histoire de l'église de France, 1972, p. 258 et ss., spécialement 281.

⁴¹⁴ Projet de loi relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel.

⁴¹⁵ Art. 89 de la Constitution : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement. Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum. [...] ».

⁴¹⁶ Art. 11 de la Constitution : « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent, ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions. [...] ».

⁴¹⁷ « Je ne [suis] pas surpris d'apprendre qu'au mépris de toutes les obligations et traditions du Conseil, le secret de la délibération et du vote est trahi à l'instant même où sa séance est levée. En effet, sans le moindre délai, les agences de presses publient ses conclusions et les partis s'en emparent pour soutenir leur campagne ». C. DE GAULLE, *Mémoires d'espoir*, Plon, 1971, Tome II, p. 45 et s.

⁴¹⁸ Décret n° 69.296 du 2 avril 1969 décidant de soumettre un projet de loi au référendum, relatif au projet de loi relatif à la création de régions et à la rénovation du Sénat.

⁴¹⁹ Avis reproduit partiellement in L. FOUGERE (dir.), *prec.*, p.917 et ss.

⁴²⁰ L'avis précisa également que : « Pour le cas où le gouvernement croirait ne pas devoir se ranger à cet avis, le Conseil d'État présente les observations d'ordre général ci-après : 1) Par sa longueur et sa complexité, le projet est peu adapté à un vote populaire : il risque ainsi de porter préjudice dans l'opinion au principe même du référendum. [...] ».

⁴²¹ V. L. FOUGERE, *prec.*, p. 918.

⁴²² Conseil d'État, Ass. G., 27 novembre 1989, Laïcité de l'enseignement, n° 346.893.

⁴²³ Le journal *Le Monde*, dans son édition du 29 novembre 1989, fait un tour de tables des réactions tout autant des politiques que des associations religieuses.

principal de collège, rapportée dans la presse, qui décida d'interdire le port du foulard islamique dans l'enceinte du collège sous peine d'expulsion, le Conseil d'État statua dans un contexte tendu. L'avis fut particulièrement commenté dans la presse. On a encore pu voir de l'intérêt de l'opinion publique⁴²⁴ sur le Conseil d'État dans le cadre de l'étude rendue à la demande du Défenseur des droits sur la laïcité⁴²⁵. Ces avis auront été reçus avec un écho particulier par l'opinion publique et par la presse, non pas tant du fait du contenu des avis, mais bien plus en raison des sujets sur lesquels ils portent, eux-mêmes controversés. Il apparaît alors que la politisation des avis du Conseil d'État sur ces sujets paraît inévitable, dès lors qu'elle n'est pas consécutive au contenu des avis mais de la matière sur laquelle ils portent.

De même, la diffusion des avis peut aussi conduire à réduire les marges de manœuvre du Gouvernement. En effet, la portée des avis diffusés se trouve, sans aucun doute, renforcée. Avant la diffusion des avis, on notait déjà que lorsque se posaient des questions de droit, le Gouvernement reprenait en général l'avis du Conseil d'État⁴²⁶. Inversement, il disposait de plus de marge de manœuvre lorsque le Conseil d'État rejetait un projet pour des raisons d'opportunité⁴²⁷. La diffusion de l'avis pourrait le conduire à reprendre encore davantage la position du Conseil d'État, dès lors que sa position est connue. Le Gouvernement est en effet soumis au double contrôle de l'opinion publique et surtout de celui des chambres, qui dans les débats sur les projets de loi, peuvent user de l'avis à leur avantage si celui-ci rejette une partie du texte, ou si le Gouvernement n'a pas repris l'avis du Conseil d'État. Par exemple, certains sénateurs d'opposition⁴²⁸ ont ainsi appuyé leurs arguments en citant l'avis, négatif, du Conseil d'État⁴²⁹ sur le projet de loi constitutionnel autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales et minoritaires⁴³⁰. Lors de l'examen de ce même projet, la garde des sceaux ne l'a au contraire pas évoqué⁴³¹. Le Sénat a finalement adopté une question préalable⁴³², motivée par le raisonnement du Conseil d'État, ce qui a mis fin aux débats.

⁴²⁴ V. notamment le journal *Le Figaro* du 20 novembre 2013, « Les femmes voilées à l'école font débat au Conseil d'État », p. 13.

⁴²⁵ Etude du Conseil d'État sur la laïcité, 19 décembre 2013, http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20130909_laicite.pdf.

⁴²⁶ F. DE BAECQUE, *prec.*, p. 134.

⁴²⁷ J. MASSOT et T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État*, ed. La documentation française, 1999, p. 83.

⁴²⁸ J. Mézard a par exemple précisé qu'il « [s]'étonne que l'exécutif s'assoie [sur l'avis du Conseil d'État]. V. Sénat, compte rendu des débats du 27 octobre 2015.

⁴²⁹ Conseil d'État, Ass. G., Avis, 30 juillet 2015, Projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (JUSC1514364L), conseil des ministres du 31 juillet 2015, n° 390.268.

⁴³⁰ Projet de loi constitutionnelle n° 662 du 31 juillet 2015.

⁴³¹ C. Taubira précise ainsi que l'avis du Conseil d'État ne s'impose pas au Gouvernement sans s'exprimer sur l'avis, mais en citant des membres de la doctrine. V. Sénat, compte rendu des débats du 27 octobre 2015.

⁴³² Question préalable de M. Bas, adoptée le 27 octobre 2015.

Soumis à la diffusion de ses avis, le Conseil d'État devrait-il modifier ses méthodes d'examen des textes et notamment limiter son contrôle aux questions juridiques ? La plupart des auteurs considèrent que le Conseil d'État, dont les avis sont désormais diffusés, voit sa mission altérée par une politisation des fonctions consultatives. Pour Olivier Schrameck, la diffusion impliquerait un repli nécessaire de la mission consultative du Conseil d'État sur les seules questions juridiques⁴³³. Pour d'autres, les avis diffusés impacteraient le Conseil d'État qui deviendrait alors « une assemblée intervenant directement dans le jeu des partis et dans les rapports du gouvernement [sic] et du Parlement »⁴³⁴. Néanmoins, le vice-président du Conseil d'État a précisé que la diffusion des avis n'avait eu aucun effet sur le contenu des avis⁴³⁵, ce dont témoigne l'examen des avis sur les projets de loi qui sont désormais diffusés. Ainsi, dans ses avis, le Conseil continue de faire un examen de l'opportunité des mesures prises⁴³⁶. Si la diffusion de l'avis ne semble pas, dans les faits, limiter le Conseil d'État dans son contrôle de l'opportunité des mesures, il n'en reste pas moins que les avis du Conseil d'État peuvent être interprétés de façon politique. La diffusion conduira sans doute à une plus grande exposition médiatique de la fonction consultative du Conseil d'État, dès lors qu'il est amené à prendre position sur l'ensemble des projets de loi, dont les plus sensibles⁴³⁷.

Au contraire, on peut constater que les avis du Conseil d'Etat belge sur les projets de loi sont en principe publiés de façon intégrale⁴³⁸. La diffusion de ses avis, couplée à un mode de fonctionnement différent, fait apparaître que les avis peuvent être politisés en raison des choix rédactionnels de la section de la législation. On note ainsi que des avis ont pu mentionner à propos d'un projet de loi destiné à contourner des consultations obligatoires, que cette procédure était « inadmissible »⁴³⁹. De façon identique, le Conseil d'État belge notait dans un avis, à propos de la fixation de redevances d'exploitation du parc nucléaire fixées

⁴³³ « Le Conseil d'Etat, sachant que sa note irait fournir une indication non seulement au gouvernement et à sa majorité mais aussi à l'opposition, s'en tiendrait sans doute plus strictement aux problèmes de constitutionnalité comme de conventionalité, aux aspects strictement juridiques », O. SCHRAMECK, « Libres propos croisés d'Olivier Schrameck et Pierre Mazeaud », R.D.P. 2008, p. 3 et s.

⁴³⁴ F. DE BAECQUE, *prec.*, p. 138.

⁴³⁵ « Cette publicité ne modifie en rien la teneur de ces avis », J.-M. SAUVÉ, *prec.*

⁴³⁶ Il note, par exemple, à propos du projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protection pour les entreprises et les actifs que « le Conseil d'État estime pertinent le parti retenu par le Gouvernement de donner à ces principes essentiels le caractère d'un guide pour la refondation de la partie législative du code du travail », (nous soulignons), CE, Ass, Avis, 17 mars 2016, Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs (ETSX1604461L), conseil des ministres du 24 mars 2016.

⁴³⁷ Seuls les avis sur les projets de loi de finance ne sont pas rendus publics. *V. supra.*

⁴³⁸ « Un avis sur une proposition législative ou un projet législatif ou des amendements est, en principe, publié dans les documents parlementaires. Lorsque l'avis concerne un projet législatif, non seulement le texte du projet tel qu'il a été déposé au parlement, mais également le texte tel qu'il a été soumis à la section de législation, figurent dans le même document parlementaire, de sorte que les membres du parlement peuvent vérifier dans quelle mesure il a été tenu compte des observations formulées dans l'avis. », *Vademecum sur la procédure d'avis devant la section de la législation*, site du Conseil d'État belge, 2016, consulté en ligne le 14 juin 2016, p. 25.

⁴³⁹ Avis cité sur le site de RTL : <http://www.rtl.be/info/belgique/politique/marie-christine-marghem-a-bel-et-bien-cache-un-avis-negatif-du-conseil-d-etat-l-opposition-reclame-le-retrait-de-son-projet-724923.aspx>, consulté le 14 juin 2016.

différemment en fonction des réacteurs, qu'il « ne perçoit pas d'emblée comment on peut justifier la distinction entre l'approche forfaitaire dans le cas à l'examen et le mode de calcul de la contribution annuelle pour la centrale nucléaire de Tihange 1 »⁴⁴⁰. Cette rédaction, somme toute assez polémique, n'apparaît pas dans les avis du Conseil d'État français.

Le Conseil d'État a toujours pris certaines distances vis-à-vis des organes politiques. En raison de sa place dans les institutions, et de son rôle consultatif, le Conseil « évolue très près du politique. Mais il est fermement engagé à rester une institution qui n'est pas politique ».⁴⁴¹ Finalement, le risque d'une lecture politisée de l'avis du Conseil d'État apparaît comme étant le corolaire de la nouvelle fonction des avis : celle de contribuer au débat public. Elle n'occulte pourtant pas la fonction initiale des avis du Conseil d'État : assurer, par des avis, des conseils éclairés aux pouvoirs publics.

Par ailleurs, si les avis du Conseil d'État ont changé de fonction dès lors que ces derniers sont diffusés, il faut remarquer que cela n'a pas eu d'effet sur leur nature.

Section 2. Le maintien de la nature des avis consultatifs

La diffusion des avis du Conseil d'État a entraîné des conséquences sur les avis eux-mêmes. Si leur fonction a évolué, il n'en reste pas moins que leur nature demeure. Les avis restent inopposables, c'est-à-dire qu'ils demeurent uniquement, et sauf cas spécifique, simplement des avis, non susceptibles de s'imposer à leur destinataire. La diffusion des avis n'a pas eu pour conséquence de rendre opposables les avis (**Paragraphe 1**). De même, la publication n'a pas eu pour effet de modifier l'appréhension, par le juge administratif, du statut de l'avis (**Paragraphe 2**). Ainsi, l'absence de consultation obligatoire du Conseil d'État est sanctionnée par un vice de procédure.

§1. L'absence de force juridique des avis consultatifs diffusés

⁴⁴⁰ Avis cité sur le site de la RTBF : http://www.rtb.be/info/belgique/detail_l-avis-severe-du-conseil-d-etat-sur-la-prolongation-de-doe-l-ct-2?id=9174149, consulté en ligne le 14 juin 2016.

⁴⁴¹ “The Conseil is moving very near politics. But it is firmly involved in remaining as an institution out of politics” (nous traduisons), N. QUESTIAUX, “Do the opinions expressed by the Conseil D'Etat in its capacity as legal adviser to the Government influence policy?”, *International & Comparative Law Quarterly*, 2000, p. 679.

La nature des avis consiste à ce qu'ils ne soient pas opposables, sans quoi ils deviendraient des décisions. La fonction consultative du Conseil d'État en dépend. En effet, dès lors que les avis seraient opposables, on observerait une mutation de la fonction du Conseil d'État : d'un organe consultatif à destination des pouvoirs publics, il deviendrait un organe administratif. Les avis du Conseil d'État changent-ils de nature dès lors qu'ils sont diffusés ? Il faut répondre de façon négative à cette question. Si la publication est traditionnellement liée à la force juridique des décisions (A), la diffusion des avis n'a pas pour effet de rendre les avis consultatifs du Conseil d'État opposables, en raison de leur nature (B).

A) Le lien naturel entre publication et force juridique

On peut remarquer que la « doctrine a établi une sorte de connexion intellectuelle entre la publication [...] et la justification [du] caractère obligatoire »⁴⁴² de l'acte publié. La publication d'un acte entraîne en principe son opposabilité : « quels que soient les modes d'entrée en vigueur des actes unilatéraux, en France la publicité [...] conditionne l'application de la règle de droit à ses destinataires »⁴⁴³

C'est le cas pour la loi et les actes administratifs non individuels, publiés au *Journal officiel*, qui entrent en vigueur en principe le lendemain de leur publication, et par exception pour une date ultérieure si le texte le prévoit, ou si le texte renvoie à des dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application. En cas d'urgence, un texte peut même entrer en vigueur le jour même de sa publication⁴⁴⁴. Or, en ce qui concerne les lois, c'est bien la publication et pas seulement la promulgation, qui consiste à « attester l'existence de la loi [et] en ordonne[r] la publication. »⁴⁴⁵ C'est donc bien la publication d'une loi qui lui donne sa force juridique.

En ce qui concerne les actes administratifs unilatéraux, la doctrine présente en général une distinction entre l'opposabilité de l'acte, c'est-à-dire la situation dans laquelle il

⁴⁴² P. DEUMIER, « La publication de la loi et le mythe de la connaissance », L.P.A., 2000, n° 46.

⁴⁴³ E. CARTIER, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », A.J.D.A., 2005, p. 1094.

⁴⁴⁴ Art. 1er du code civil : « Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels. »

⁴⁴⁵ M. ROUGEVIN-BAVILLE, conclusions sur CE, Ass., 8 février 1974, Commune de Montory et a., R.F.D.A., 1974, p. 1511.

« s'impose[...] aux destinataires de la norme »⁴⁴⁶, liée à la publication de l'acte ou à sa notification, et la validité de l'acte, qui consiste alors en la constatation de l'existence de l'acte produisant des effets de droit limités. Ainsi, les actes administratifs unilatéraux⁴⁴⁷ entrent en principe en vigueur à compter de leur publication⁴⁴⁸.

Charles Eisenmann pose les termes de l'analyse différemment. Il précise tout d'abord que la distinction entre la validité et l'opposabilité, qui repose sur une différence de degré des effets attachés à un acte de l'administration, doit être en réalité remplacée par celle, binaire, de la présence ou de l'absence de « force juridique »⁴⁴⁹. Deuxièmement, il ne convient pas de « s'hypnotiser »⁴⁵⁰ sur le moment de la publication, et donc de distinguer les actes publiés des actes qui ne le sont pas. Il faut plutôt porter son attention entre le « moment où [les actes] sont publiés et le moment où leur contenu d'obligations et de droits s'actualisera »⁴⁵¹, soit distinguer « opérations normatrices et normes – [...] acte juridique et norme juridique »⁴⁵². Or, les normes entrent en vigueur « dès qu'elles ont été enregistrées dans *l'instrumentum* prévu, - arrêtées, décidées et écrites »⁴⁵³, c'est-à-dire dès lors que les opérations normatrices sont terminées, ce qui inclut la publication. Ce n'est donc pas, pour Charles Eisenmann, la publicité qui donne *de facto* la force juridique aux actes administratifs, car un délai peut intervenir entre la publication d'un acte et son entrée en vigueur. Mais en revanche, tout acte non publié se trouve dénié de force juridique. La publication est donc un élément *sine qua non* des effets de droits et de la force juridique. Comme le note Bertrand Seiller à propos de cette analyse, « s'il est exact que la publicité donnée à l'acte n'emporte pas toujours non plus l'entrée en vigueur immédiate de la norme qu'il contient, il ne faut pas non plus sous-estimer la portée de la publicité. »⁴⁵⁴

Par ailleurs, la publication d'un acte peut emprunter différents canaux, dès lors qu'elle repose sur une définition large. Le Tribunal des conflits a ainsi affirmé que la publication consiste en « l'ensemble des faits qui ont pour objet de porter à la connaissance du public le texte nouveau »⁴⁵⁵. En l'absence d'obligations textuelles, l'administration choisit les

⁴⁴⁶ P.-L. FRIER, J. PETIT, Droit administratif, ed. L.G.D.J., 2015, 10e ed., p. 368.

⁴⁴⁷ En dehors des actes administratifs individuels favorables, qui entrent en vigueur dès l'édition de l'acte.

⁴⁴⁸ P.-L. FRIER, J. PETIT, *prec.*, p. 370.

⁴⁴⁹ C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. 2, ed. L.G.D.J., 2014, p. 725.

⁴⁵⁰ C. EISENMANN, *prec.*, p. 726.

⁴⁵¹ C. EISENMANN, *prec.*, p. 726.

⁴⁵² C. EISENMANN, *prec.*, p. 720.

⁴⁵³ C. EISENMANN, *prec.*, p. 726.

⁴⁵⁴ B. SEILLER, « Charles Eisenmann et l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux », R.D.P., 2016, p. 413 et s.

⁴⁵⁵ TC, 20 mars 1943, Sté Béthunoise éclairage et énergie, Leb. 1943, p. 322.

modalités de publications adéquates, dont le juge contrôle la suffisance⁴⁵⁶, qui peut se faire par exemple dans le cadre d'une « diffusion dans une note de service »⁴⁵⁷, voire même par voie de presse⁴⁵⁸.

L'ensemble de ces règles s'appliquent-elles uniquement aux actes normatifs, c'est-à-dire entraînant une modification de l'ordre juridique ? Si cela sembla longtemps le cas, il faut préciser que ce n'est plus le cas aujourd'hui.

Tout d'abord, le Conseil d'État a affirmé que la publication sur internet d'une décision de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), même en l'absence d'une obligation de cette diffusion sur le site internet de ce dernier, consistait en une publication qui faisait ainsi courir les délais contentieux à l'égard des tiers⁴⁵⁹.

Ensuite, le Conseil d'État a précisé récemment que les « avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ; »⁴⁶⁰. Dans cette décision, le juge administratif a donc admis de pouvoir être saisi contre des actes dit de « droit souple », par définition non normatif. Il avait déjà accepté l'accès à son prétoire contre les actes des mêmes autorités de régulations qui portaient sur des « recommandations de portée générale, rédigée de façon impérative »⁴⁶¹. Dans cette décision, le Conseil d'État élargit l'accès à son prétoire contre les actes de droit souple des autorités de régulation. Or,

⁴⁵⁶ Constitue des mesures suffisantes pour donner à l'arrêté préfectoral portant nomination d'un chef de service une publicité de nature à faire courir le délai du recours contentieux l'insertion au Bulletin des communes de l'arrêté ainsi que l'affichage dans les locaux de la Direction départementale de la santé et dans l'hôpital de Mont-de-Marsan : CE, Sect., 29 avril 1964, *Sieur Dufourniaux*, n° 52.112, *Leb.* 1964 p. 261.

⁴⁵⁷ CE, 20 janvier 1950, n° 82.028, *Sieur Calvy*, *Leb.*, p. 49.

⁴⁵⁸ Le Conseil d'État refuse d'appliquer une opposabilité immédiate à un arrêté publié par le Journal officiel mais précise que « considérant qu'il ressort des pièces du dossier et n'est pas contesté que les mesures prévues par l'arrêté litigieux ont également été rendues publiques dès le 29 novembre par le moyen d'un communiqué à l'Agence France Presse ; que, dans les circonstances de l'espèce, eu égard tant à l'urgence qu'à l'objet des mesures en cause, ce mode de publicité a été de nature à les rendre opposables immédiatement ; », CE, 10/7 SSR, du 24 février 1999, n° 188154, *Meyet*.

⁴⁵⁹ CE, 2e et 7e S.S.R., 25 novembre 2015, *Société Gibmedia*, n° 388432, *Leb.* p. 408.

⁴⁶⁰ CE, Ass, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n° 368082, 368083, 368084.

⁴⁶¹ CE, Sect, 13 juillet 2007, *Société d'éditions Tissot*, n° 294195 .

une telle ouverture semble encore être liée à la publicité qui est attachée aux actes de ces autorités. Le Conseil d'État, acceptant d'être saisi sur des actes ayant produit des effets notamment économiques, donc ayant été nécessairement publiés. Pour autant, une telle décision ne paraît pas applicable au Conseil d'État sur ses avis, même si ces derniers sont diffusés. En effet, le Conseil d'État n'est pas une autorité de régulation, et de ce fait il est exclu du champ de cette jurisprudence. De plus, le juge du Palais-Royal refuserait d'admettre une valeur normative, et donc l'accès au recours pour excès de pouvoir, contre ses avis, qui appartiennent à leurs destinataires, et qui ne saurait être obligatoires.

On constate ainsi que la publication joue un rôle primordial dans la force juridique des actes qui y sont soumis. Néanmoins, il faut constater que la diffusion des avis du Conseil d'État n'implique pas que les avis soient désormais opposables.

B) L'absence d'effets juridiques de la diffusion des avis du Conseil d'État

Si les avis consultatifs du Conseil d'État sont désormais diffusés, ils n'ont pas de valeur normative. Leur reconnaître une valeur normative, une force juridique ou une opposabilité du fait de leur diffusion aurait conduit le Conseil d'État à être, non plus un organe de consultation au service des pouvoirs publics, mais un organe de décision, administratif, voire même un organe de Gouvernement décidant du contenu et de la rédaction des projets de loi présentés aux Assemblées. Dans un tel scénario, on aurait pu imaginer que le destinataire de l'avis n'aurait eu qu'une très faible marge de manœuvre vis-à-vis de l'avis du Conseil d'État : il aurait pu soit agir conformément à l'avis, soit refuser d'agir. C'est en réalité la situation applicable aux cas où le Conseil d'État rend des avis conformes⁴⁶².

La diffusion n'influence donc pas la force juridique des avis du Conseil d'État, qui restent non normatifs. Notons tout de même que certains auteurs considèrent que les avis rendus sur une question de droit posée par un ministre peuvent être « potentiellement normatifs »⁴⁶³. Prenant l'exemple de l'avis du 27 novembre 1989 portant sur le foulard islamique⁴⁶⁴, dont on a pu dire qu'il était un « avis de règlement »⁴⁶⁵, Jean Goudrou constate que cet avis a été repris tel quel dans une circulaire⁴⁶⁶, complétée par d'autres dispositions⁴⁶⁷.

⁴⁶² V. *infra*.

⁴⁶³ J. GOUDROU, « L'avis du Conseil d'État sur une question de droit », in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, ed. Dalloz, 2004, p. 203.

⁴⁶⁴ CE, Ass. G., Avis, 27 novembre 1989, Avis relatif à la laïcité et l'enseignement, n° 346.893.

⁴⁶⁵ M. COMBARNOUS, « L'enfant, l'école et la religion », R.A., 1999, n° spécial, p. 71.

⁴⁶⁶ Circulaire du 12 décembre 1989 du ministre de l'éducation nationale, n° MENX8910373C.

⁴⁶⁷ Notamment sur les obligations de « laïcité » pesant sur les enseignants.

et que le législateur s'en est servi dans ses débats parlementaires⁴⁶⁸. De même, l'arrêt *Kherouaa* du Conseil d'État⁴⁶⁹ reprend mot à mot une partie de la circulaire, ce qui pourrait conduire à penser que l'avis du Conseil d'État avait une portée normative. Toutefois, il semble que cette analyse repose en réalité sur une confusion entre d'une part le contenu de l'avis, qui, par sa transposition dans d'autres textes, a pu recevoir une valeur normative, et d'autre part la forme de l'avis, qui ne saurait être elle-même normative. En effet, l'avis en lui-même n'a pas modifié l'ordre juridique. C'est sa réception, et sa réutilisation dans divers textes (décision de justice, travaux parlementaires, et circulaire administrative) qui montre en revanche que le contenu de l'avis peut être normatif.

L'absence d'impact sur la nature, c'est-à-dire sur la force juridique de ces avis, permet de confirmer notre choix de décrire le mouvement de diffusion des avis, et non pas celui de la publication des avis. Parce qu'il est généralement utilisé pour préciser la force juridique d'un acte ou d'une loi publiée, le terme « publication » aurait ainsi pu induire en erreur, dès lors que la diffusion des avis n'implique pas de changement de nature de ces avis. Ensuite, il apparaît que le terme de « publicité » semblait pouvoir convenir aux avis du Conseil d'État⁴⁷⁰, dès lors qu'il décrit « l'action de rendre une chose publique, de la porter à la connaissance de tous »⁴⁷¹ ainsi que « le résultat de cette action. »⁴⁷². Mais dès lors que cette action implique de porter les avis à la connaissance de l'ensemble des acteurs, elle ne permet pas de décrire certains mouvements de diffusion, qui sont partiels. Les avis sur les propositions de loi peuvent ainsi être rendus publics par extraits, voire communiqués uniquement à l'auteur de la proposition de loi, dans l'hypothèse où celui-ci ne souhaite pas rendre public l'avis⁴⁷³. De plus, le terme de « publicité » peut également apparaître impropre dès lors qu'il signifie également que le texte qui a connu une mesure de publicité est opposable⁴⁷⁴, comme le note Bertrand Seiller⁴⁷⁵. Au contraire, le terme de diffusion semble le mieux à même de démontrer

⁴⁶⁸ V. J. VALADE, Rapport n° 219, fait au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, 2004, p. 12.

⁴⁶⁹ CE, 4e et 1ère S.S.R., 2 novembre 1992, *Kherouaa*, n° 130394.

⁴⁷⁰ C'est le choix, par exemple, de Pascale Gonod (P. GONOD, « La publicité des avis du Conseil d'État », A.J.D.A 2015, p. 369 à 371) ou du vice-président du Conseil d'État (J.-M. SAUVÉ, « Vœux du vice-président aux membres et agents du Conseil d'État », Discours prononcé le 18 janvier 2016 à la Conciergerie de Paris, <http://www.conseil-etat.fr/content/download/54284/480080/version/1/file/2016-01-18%20V%C5%93ux%20du%20Conseil%20d%20Etat%202016.pdf>, consulté en ligne le 6 avril 2016).

⁴⁷¹ Dictionnaire de l'Académie Française, 9e ed., terme publicité.

⁴⁷² Dictionnaire de l'Académie Française, prec.

⁴⁷³ V. *supra*.

⁴⁷⁴ On pense, par exemple, à la publicité foncière.

⁴⁷⁵ « La publicité consiste en une exigence générale, celle de rendre publique une décision pour qu'elle puisse déployer ses effets », c'est-à-dire sa force juridique. B. SEILLER, « Charles Eisenmann et l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux », R.D.P., 2016, p. 413 et s.

le mouvement, la progression de la diffusion, dès lors qu'il signifie « l'action de répandre, de propager dans le public »⁴⁷⁶.

La diffusion n'a donc pas eu d'effet sur la nature de l'avis : celui-ci reste dépourvu de force juridique, étant, par définition, un avis au service des pouvoirs publics. La diffusion n'a pas non plus eu d'impact sur l'appréhension contentieuse des avis par le juge administratif.

§2. L'absence d'impact de la diffusion sur l'appréhension contentieuse des avis du Conseil d'État

La diffusion des avis ne semble pas avoir impacté l'appréhension contentieuse des avis. En effet, la nature de l'avis n'ayant pas été modifiée par la diffusion des avis, il apparaît logique que le Conseil d'État, dans ses fonctions contentieuses, continue d'appliquer la même jurisprudence. Une double remarque s'impose : tout d'abord, le Conseil d'État n'est pas saisi directement d'un avis⁴⁷⁷, mais toujours sur un texte réglementaire ou non réglementaire, ayant fait l'objet ou devant faire l'objet d'un avis du Conseil d'État. Les avis sur les questions de droit, dès lors qu'ils ne peuvent porter sur des projets de texte⁴⁷⁸, ne sont pas examinés par la section du contentieux. De même, le Conseil d'État ne statue pas sur la procédure législative. C'est le Conseil constitutionnel qui sanctionne l'absence d'avis sur un projet de loi ou le traitement irrégulier de cet avis, dès lors que la Constitution implique que le Gouvernement soit « éclairé par l'avis du Conseil d'État »⁴⁷⁹. Il a ainsi sanctionné une modification du texte postérieure à l'avis du Conseil d'État⁴⁸⁰. Il a également jugé qu'une lettre rectificative devait obligatoirement être soumise au Haut Conseil pour avis⁴⁸¹.

De plus, seuls les avis sur les projets de loi et propositions de loi, ainsi que sur les questions des ministres sont diffusés. Les avis sur les projets de textes réglementaires et non

⁴⁷⁶ Dictionnaire de l'Académie Française, 9e ed., terme diffusion.

⁴⁷⁷ V. *supra*.

⁴⁷⁸ V. *supra*.

⁴⁷⁹ CC, 3 avril 2003, Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques, n° 2003-468 DC.

⁴⁸⁰ : « Considérant, en l'espèce, qu'en substituant, pour l'accès au second tour des élections régionales, un seuil égal à 10 % du nombre des électeurs inscrits au seuil de 10 % du total des suffrages exprimés retenu par le projet de loi soumis au Conseil d'État, le Gouvernement a modifié la nature de la question posée au Conseil d'État ; que ce seuil de 10 % des électeurs inscrits n'a été évoqué à aucun moment lors de la consultation de la commission permanente du Conseil d'État », cons. 8, CC, 3 avril 2003, *prec*.

⁴⁸¹ CC, 28 décembre 1990, Loi de finance pour 1991, n° 90-285 DC : « 6. Considérant que le dépôt sur le bureau de l'Assemblée nationale, le 4 octobre 1990, d'une lettre rectificative au projet de loi de finances pour 1991 relative à la "contribution sociale généralisée" a été précédé de la consultation du Conseil d'État et de la délibération du Conseil des ministres ; qu'il a été ainsi satisfait aux exigences posées par le deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution ».

réglementaires ne le sont que de manière partielle⁴⁸². Dès lors, la diffusion des avis du Conseil d'État atteint d'autant moins la section du contentieux qu'elle ne concerne pas les textes qui peuvent être soumis à son contrôle⁴⁸³. Elle peut néanmoins impacter le travail des formations contentieuses dès lors qu'elles examinent des questions prioritaires de constitutionnalité ou des questions de conventionalité des lois.

En dehors de ces cas, le juge administratif continue de sanctionner l'absence de saisine du Conseil d'État alors qu'elle était obligatoire ou le détournement de l'avis par un vice de procédure. Il apparaît que la diffusion ne modifie ni le traitement contentieux des textes pris en absence d'avis ou en cas de détournement de l'avis du Conseil d'État (A), ni l'exercice de ce contrôle par le juge (B).

A) La sanction non modifiée du détournement ou de l'absence d'avis obligatoire

Le Conseil d'État, saisi sur un texte pour lequel sa consultation est obligatoire, peut être conduit à statuer sur la régularité de sa consultation.

Le Conseil d'État condamne de longue date le destinataire de ses avis, c'est-à-dire le Gouvernement, ou bien en raison de l'absence de saisine du Conseil d'État, alors même qu'elle était obligatoire, ou bien, même si le Conseil d'État a été saisi, si les dispositions prises par le Gouvernement n'ont pas été examinées par les sections administratives. Dans ce dernier cas, le Conseil d'État, à l'inverse des cas où il statue sur les propositions et projets de loi⁴⁸⁴, est le dernier à se positionner sur le texte du Gouvernement. Cette consultation, pour être sincère, implique qu'après son examen par le Haut Conseil, le texte ne puisse plus être amendé par de nouvelles dispositions. Jusqu'à une période récente, le juge administratif sanctionnait pour vice des « formes substantielles prescrites par la loi »⁴⁸⁵ le manquement à cette procédure, précisant que « si le gouvernement reste maître de suivre ou de ne pas suivre l'avis qui lui est donné, il ne saurait du moins édicter des mesures qui n'ont pas été

⁴⁸² V. *supra*.

⁴⁸³ R. 311-1 du code de justice administrative : « Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître en premier et dernier ressort :

1° Des recours dirigés contre les ordonnances du Président de la République et les décrets ;

2° Des recours dirigés contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale et contre leurs circulaires et instructions de portée générale ; ».

⁴⁸⁴ Dans le cas du projet de loi, le Conseil d'État est le dernier à se prononcer sur le texte avant qu'il ne soit présenté aux chambres, qui pourront ensuite l'amender : le texte peut donc être substantiellement modifié ; pour les propositions de loi, le Conseil d'État est au contraire le premier à se prononcer : il examine la proposition de loi avant son premier examen en commission. V. *supra*.

⁴⁸⁵ CE, 24 décembre 1926, Sieur Paul Brassaud et a., n° 88.837, Leb. p. 1152.

préalablement soumises aux délibérations du Conseil d'État. »⁴⁸⁶. Le Conseil précisa alors la marge de manœuvre du Gouvernement : « dans le cas où il voudrait introduire [...] des dispositions qui ne seraient ni celles que contenaient les projets soumis par lui au Conseil d'État, ni celles qu'a adoptées cette assemblée, il s'agirait, en réalité, d'un projet nouveau »⁴⁸⁷. Le Gouvernement peut donc, au choix, ou bien reprendre son projet initial, ou bien reprendre le projet du Conseil d'État. Il peut enfin décider de piocher dans l'un des deux textes pour compléter l'autre⁴⁸⁸. Le juge administratif statue sans rigueur excessive quant à savoir si le projet a, ou non, été soumis au Conseil d'État, permettant ainsi de ne pas ralentir l'action administrative. Il précisa ainsi que l'insertion dans un texte soumis par ailleurs au Conseil d'État, d'une disposition non soumise pour examen à ce dernier tendant à préciser le ministre chargé de l'exécution du décret « est sans incidence sur la légalité »⁴⁸⁹.

Si le Conseil d'État avait en 1926 sanctionné l'absence de consultation conforme des sections administratives pour vice de procédure le moyen, il l'a par la suite traditionnellement sanctionnée pour incompétence⁴⁹⁰. D'ordre public, le juge administratif peut ainsi soulever lui-même un tel moyen⁴⁹¹. Cela était d'autant plus nécessaire que, l'avis étant secret, le requérant ne pouvait en principe soulever un vice quant à la consultation du Conseil d'État qu'à « l'aveugle ».

Cette solution impliquait dès lors que le Conseil d'État soit un véritable co-auteur des actes qu'il a examinés pour avis. Il a pu ainsi préciser que, dès lors que le Premier ministre n'a pas soumis le décret attaqué à la consultation du Conseil d'État que « le Premier ministre a méconnu la compétence que le Conseil exerce, conjointement avec le Gouvernement »⁴⁹². Cela se justifiait dès lors que, juridiquement, « le Gouvernement agissant seul et le Gouvernement se prononçant en Conseil d'État sont regardés comme des autorités différentes »⁴⁹³. Pour autant, une telle affirmation semblait en réalité excéder le rôle du Conseil d'État, qui ne doit rendre que des avis, et qui ne dispose pas d'une compétence d'édiction d'actes réglementaires ni de décision dans ses fonctions consultatives.

⁴⁸⁶ CE, *Brasseaud*, prec.

⁴⁸⁷ CE, *Brasseaud*, prec.

⁴⁸⁸ « la circonstance que le Gouvernement ait choisi, pour l'un des articles du décret, de retenir la rédaction de son projet est sans incidence sur la régularité de la consultation du Conseil d'Etat, quels qu'aient pu être les motifs de ce choix », CE, 9e et 10e S.S.R., 23 décembre 2010, Mutuelle centrale des Finances, n° 310775.

⁴⁸⁹ CE, Mutuelle centrale des finances, prec.

⁴⁹⁰ CE, Ass, 9 juin 1978, SCI 61-67 Bd Arago, Leb. p. 237 ; CE, Sect., 25 janvier 1957, Kejn de Serigne, Leb. p. 63.

⁴⁹¹ CE, 15 février 1961, *Alfred-Joseph*, n° 45.572, Leb. p. 114 : « le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur d'une décision administrative est d'ordre public ».

⁴⁹² CE, 16 novembre 1979, Syndicat national de l'éducation physique de l'enseignement public, n° 08.738, Leb. p. 416.

⁴⁹³ M. LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », R.F.D.A. 1992 p. 787.

Souhaitant rénover sa jurisprudence, notamment pour « désamorcer les critiques mettant en cause le dualisme fonctionnel de l'institution »⁴⁹⁴, le Conseil d'État commença par préciser qu'il « n'est pas l'auteur du décret attaqué »⁴⁹⁵. Sa refonte jurisprudentielle se confirma en 2013, puisqu'il sanctionne désormais le non recours au Conseil d'État par un vice de procédure⁴⁹⁶. Ce vice n'est pourtant pas assimilé à un vice « traditionnel », dès lors que la jurisprudence Danthony⁴⁹⁷, réduisant les hypothèses dans lesquelles un vice de procédure peut entraîner l'annulation d'un acte n'est pas applicable. Il semble ainsi que la simple absence de consultation du Conseil d'État entraîne *de facto* l'annulation de l'acte. Par ailleurs, pour continuer à assurer le contrôle de la régularité de la consultation du Conseil d'État, le juge a précisé que ce moyen est d'ordre public⁴⁹⁸.

B) Une diffusion n'impactant pas l'exercice de ce contrôle

Si la diffusion n'a pas eu d'impact sur le traitement contentieux réservé aux actes pris par le Gouvernement en méconnaissance de la consultation du Conseil d'État, il faut préciser que les conditions d'exercice de ce contrôle n'ont pas été modifiées, pour l'instant.

Jusqu'en 2008 au moins, il semble, qu'en pratique, les formations contentieuses du Conseil d'État aient « dispos[é] de l'avis donné et même de l'entier dossier de la formation administrative consultée »⁴⁹⁹, comme le note Daniel Labetoulle⁵⁰⁰.

Pourtant, certains auteurs soulignent « l'impossibilité pour le Conseil d'État statuant au contentieux de prendre connaissance des avis non publiés rendus par le Conseil d'État et des dossiers des formations consultatives relatifs à ces avis, [ce qui] ne lui permet pas de vérifier la régularité des actes devant être pris en Conseil d'État au regard de la délibération de celui-ci »⁵⁰¹. Certains membres du Conseil d'État ont confirmé cette position, précisant désormais que les applications informatiques interdisent l'accès aux avis rendus sur les textes examinés en section du contentieux pour les membres qui sont concernés⁵⁰². Une telle règle témoigne des conditions dans lesquelles le contrôle de la régularité de la consultation du Conseil d'État

⁴⁹⁴ O. LE BOT, J.C.P. A, 2013, p. 2372.

⁴⁹⁵ CE, 11 juillet 2007, Union syndicale des magistrats administratifs, n° 302040.

⁴⁹⁶ CE, 17 juillet 2013, Syndicat national des professionnels de santé au travail, n° 358109.

⁴⁹⁷ CE, Sect., 23 décembre 2011, Danthony et a., n° 335477.

⁴⁹⁸ CE, 1ère et 6e S.S.R, 17 juillet 2013, Syndicat national des professionnels de santé au travail, n° 358109.

⁴⁹⁹ Y. GAUDEMET et al., Les grands avis du Conseil d'État, 3e. ed, 2008, p. 56.

⁵⁰⁰ « Lors de l'examen d'un recours contre un acte pris après avis du Conseil, le juge consulte le dossier de la section administrative », D. LABETOULLE, « Sur la double fonction du Conseil d'État », R.J.E.P, nov. 2009, p. 10.

⁵⁰¹ P. DEVOLVÉ, Répertoire de contentieux administratif, « Conseil d'État », §204, actualisé en avril 2016.

⁵⁰² Témoignage oral.

peut intervenir. En 2011⁵⁰³, on modifia le code de justice administrative pour intégrer l'interdiction pour « Les membres du Conseil d'Etat qui participent au jugement des recours dirigés contre des actes pris après avis du Conseil d'Etat [de] prendre connaissance de ces avis, dès lors qu'ils n'ont pas été rendus publics, ni des dossiers des formations consultatives relatifs à ces avis »⁵⁰⁴. La charte de déontologie des membres de la juridiction administrative⁵⁰⁵ précise pour autant qu' « au Conseil d'État, les membres de la section du contentieux qui participent au jugement de recours mettant en cause des actes législatifs ou réglementaire pris après avis du Conseil d'État, ne peuvent pas prendre connaissance de ces avis, [...] seulement pour des motifs d'intérêt juridique, et en raison de ses fonctions au sein de la juridiction administrative [...] »⁵⁰⁶. On constate dès lors un certain assouplissement vis-à-vis de la règle posée dans le code de justice administrative.

L'étendue de la diffusion des avis ne modifie pas l'exercice du contrôle de la régularité de la consultation du Conseil d'État. En effet, la diffusion ne porte actuellement principalement que sur les avis rendus sur les questions des ministres et sur les avis sur les projets et propositions de loi⁵⁰⁷.

On peut en revanche imaginer les conséquences qui résulteraient de la diffusion des avis rendus à propos des textes réglementaires et non réglementaires que le Conseil d'Etat examine dans ses fonctions contentieuses. Deux séries de conséquences sont envisageables :

Tout d'abord, une telle diffusion viendrait modifier les conditions d'exercice du contrôle du juge administratif. Ce dernier aurait en effet un complet accès aux avis rendus et pourrait ainsi exercer un contrôle sur la régularité de la consultation du Conseil d'État. Il n'y aurait en effet pas de raison ce que l'on interdise aux juges l'accès à des avis qui seraient entièrement diffusés.

Dès lors, une telle diffusion pourrait conduire à soulever dans des termes différents les questions relative aux critères d'impartialité du Conseil d'État, et plus généralement, des

⁵⁰³ Décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011.

⁵⁰⁴ R. 1222-21-3 du code de justice administrative.

⁵⁰⁵ Dont la reconnaissance officielle à l'art. L. 131-4 du code de justice administrative est intervenue par la loi n° 2006-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

⁵⁰⁶ Charte de déontologie des membres de la juridiction administrative, 2011, p. 15.

⁵⁰⁷ V. *supra*.

questions relatives à son organisation et dualisme fonctionnel⁵⁰⁸, tant vis-à-vis des normes européennes que des normes constitutionnelles.

La diffusion des avis du Conseil d'État a donc eu un impact inégal sur ses avis. La diffusion a ainsi modifié sans aucun doute leur fonction, dès lors que les avis ne sont plus seulement rendus pour examiner des projets de texte ou pour apporter l'aide sollicitée par les pouvoirs publics, mais également pour être le support d'une opinion officielle du Conseil d'État. Désormais, le Conseil d'État participe tout autant à la bonne administration et à une législation de qualité qu'à l'amélioration de la qualité des débats, plus éclairés. Cette diffusion, si elle expose le Conseil d'État, implique peut-être une plus grande politisation de ses opinions. Il apparaît alors que ce ne sont pas tant les avis du Conseil d'État qui sont politisés que la lecture qui peut en être faite. Les avis, puisqu'ils portent sur des affaires pouvant être sensibles (notamment sur certains projets de loi autour desquels se cristallisent les querelles), sont quelquefois interprétés de manière politique. Cette politisation semble inhérente à cet exercice, et la diffusion des avis aura sans doute pour effet de renforcer cette lecture.

En revanche, la diffusion des avis du Conseil d'État n'a pas modifié leur nature. Les avis sont (en dehors du cas particulier des avis conformes) dépourvus de toute force juridique, par principe. Cette diffusion n'a pas non plus modifié l'appréhension contentieuse de la consultation du Conseil d'État, ni dans les règles applicables, ni dans l'exercice de ce contrôle.

Au-delà de l'avis du Conseil d'État, il convient également d'analyser l'impact de la diffusion sur l'auteur de ses avis, c'est-à-dire sur le Conseil d'État lui-même.

⁵⁰⁸ V. *infra*.

Chapitre 2. Des impacts significatifs sur le Conseil d'État

Le Conseil d'État semble tout entier affecté par la diffusion de ses avis. Certes, les textes pris après avis du Conseil d'État ont toujours pu être examinés par un juge, et notamment par le Conseil d'État, et la diffusion ne modifie pas cette réalité. Qu'il s'agisse du Conseil d'État, du Conseil constitutionnel ou d'un autre juge, le texte sur lequel porte l'avis et par conséquent l'avis lui-même pourront toujours, par dérivation, être examinés.

En revanche, la diffusion des avis du Conseil d'État donne une nouvelle actualité à certaines questions qui ont depuis longtemps été soulevées. Les avis, dont certains sont désormais connus du public, donnent un nouvel éclairage sur leur auteur. La diffusion des avis semble ainsi avoir des conséquences tant d'un point de vue interne au Conseil d'État, sur sa dualité fonctionnelle, que, d'un point de vue externe, sur sa place institutionnelle.

Au sein même du Conseil d'État, la section du contentieux est impactée par la diffusion des avis (**Section 1**). La diffusion des avis modifie ainsi certaines règles du procès administratif lorsqu'ils portent sur des textes examinés par les formations consultatives et dont les avis ont été diffusés. Par ailleurs, la diffusion des avis pose d'une façon différente la question de l'impartialité du Conseil d'État.

La diffusion de l'avis ne concerne donc pas seulement les fonctions administratives du Conseil d'État. C'est en réalité tout le Palais-Royal qui est impacté, et même au-delà, du juge de la rue Montpensier ou du Quai de l'Horloge, tout près, au juge de Strasbourg ou aux juges en régions, plus loin. Le Conseil d'État, dès lors que ses avis sont diffusés, peut ainsi voir ses relations avec les autres juridictions modifiées (**Section 2**). La diffusion de ses avis pourra en effet faire émerger les bases de relations nouvelles, tant vis-à-vis des juges administratifs inférieurs, que du juge judiciaire ou du Conseil constitutionnel.

Section 1. Un impact important sur la fonction contentieuse du Conseil d'État

Des salles des sections administratives à la salle du contentieux, il n'y a qu'un pas. Et il peut arriver qu'un texte, d'abord examiné par le Conseil d'État en tant que conseil, le franchisse s'il est examiné par le même Conseil en tant que juridiction.

Si la diffusion des avis du Conseil d'État n'a pas eu d'impact sur cette réalité justifiée par le dualisme fonctionnel du Conseil, elle soulève en revanche la question de l'articulation du principe d'impartialité qui gouverne les fonctions contentieuses avec ce dualisme d'une nouvelle manière (**Paragraphe 1**). Par ailleurs, les règles encadrant le procès administratif sont renouvelées sur les litiges pour lesquels un avis du Conseil d'État intervenant sur le sujet est diffusé (**Paragraphe 2**).

§ 1. La question de l'impartialité réactualisée

La diffusion des avis consultatifs du Conseil d'État repose avec une nouvelle actualité la question de l'impartialité qui gouverne le procès administratif. Si la diffusion ne semble pas se heurter au principe d'impartialité tel qu'il est protégé par les règles européennes (**B**), la protection constitutionnelle accordée à ce principe semble en revanche moins bien s'accommoder de la diffusion des avis (**A**).

A) Un risque d'impartialité ranimé vis-à-vis des règles internes

L'impartialité est protégée par le droit au procès équitable. Ce principe fut, en droit interne, progressivement protégé par le Conseil constitutionnel. Il a ainsi tout d'abord reconnu l'exigence d'une procédure « juste et équitable » dans le cadre du procès pénal⁵⁰⁹, avant de l'étendre à d'autres domaines⁵¹⁰, puis de reconnaître de façon autonome un droit au procès équitable⁵¹¹.

Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité⁵¹² portant sur la conformité du dualisme fonctionnel vis-à-vis du principe de droit à un procès équitable constitutionnellement protégé, le Conseil d'État a refusé de transmettre la question, ne la considérant ni « nouvelle [ni] sérieu[se] »⁵¹³.

⁵⁰⁹ CC, 2 février 1995, Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, n°95-360DC : « que le principe du respect des droits de la défense constitue un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République [...] ; qu'il implique, notamment en matière pénale, l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties ».

⁵¹⁰ CC, 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, n° 2002-461 DC.

⁵¹¹ CC, 27 juillet 2006, Loi relative aux droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information, n° 2006-540DC : « que sont garantis par cette disposition le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif, le droit à un procès équitable, ainsi que les droits de la défense lorsqu'est en cause une sanction ayant le caractère d'une punition ; ».

⁵¹² Art. 61-1 de la Constitution.

⁵¹³ CE, 1ère et 6ème S.S.R., Association Alcaly et a., n° 320667.

Les requérants soulevaient que la combinaison de certains articles du code de justice administrative⁵¹⁴ pouvait conduire le Conseil d'État à se prononcer deux fois sur le même texte. Dans ce cadre, selon les requérants, le dualisme fonctionnel du Conseil d'État poserait des difficultés vis-à-vis du principe de droit au procès équitable, car « l'impartialité de l'institution serait compromise dans la mesure où ce qui a été décidé au stade consultatif (avec le gouvernement) pourrait influencer la solution contentieuse (rendue contre le gouvernement) »⁵¹⁵.

Le Conseil d'État refusa de transmettre la question au Conseil constitutionnel sur la base de trois arguments principalement : tout d'abord, il précisa que sa double compétence était protégée directement par la Constitution⁵¹⁶, ce qui sous-entend que la question ayant été tranchée directement par la Constitution, n'était pas sérieuse.

Par ailleurs, il se fonda sur le fait que les membres du Conseil d'État ayant délibérés sur les avis dont les textes sont soumis au contentieux « ne participent pas au jugement des recours »⁵¹⁷ les concernant. Ce moyen est fondé dès lors qu'une pratique de déport⁵¹⁸ existe au sein du Conseil d'État et que le décret du 6 mars 2008⁵¹⁹ est venu préciser que « les membres du Conseil d'Etat ne peuvent participer au jugement des recours dirigés contre les actes pris après avis du Conseil d'Etat, s'ils ont pris part à la délibération de cet avis »⁵²⁰ mais également que « lorsque l'assemblée du contentieux est saisie d'un recours contre un acte pris après avis du Conseil d'Etat, le président de la section administrative qui a eu à délibérer de cet avis ne siège pas. »⁵²¹

Néanmoins, cet article pourrait poser, dans des conditions limitées, des difficultés. Tout d'abord, seuls les membres ayant effectivement participé à la délibération de l'avis ont une obligation de déport. Or, dans le cadre des textes examinés en assemblée générale ordinaire, outre les membres qui ont une voix délibérative, les autres membres du Conseil

⁵¹⁴ L. 111-1, prévoyant la compétence du Conseil d'État et L. 112-1, 3e : « Le Conseil d'Etat donne son avis sur les projets de décrets et sur tout autre projet de texte pour lesquels son intervention est prévue par les dispositions constitutionnelles, législatives ou réglementaires ou qui lui sont soumis par le Gouvernement. ».

⁵¹⁵ O. LE BOT, « QPC : le dualisme fonctionnel du Conseil d'État validé ... par le Conseil d'État », L.P.A., 2010, n°149 p. 11 et ss.

⁵¹⁶ « il résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'Etat est simultanément chargé par la Constitution de l'exercice de fonctions administratives et placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît .

⁵¹⁷ CE, *Alacaly*, prec.

⁵¹⁸ V. P. GONOD, « Le Conseil d'État à la croisée des chemins », A.J.D.A, 2008, p. 630.

⁵¹⁹ Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008.

⁵²⁰ Art. R. 122-21-1 du code de justice administrative.

⁵²¹ R. 122-1 du code de justice administrative.

d'État possèdent une voix consultative⁵²². L'obligation de déport ne les concerne donc pas, dès lors qu'ils n'ont pas directement contribué à l'examen du texte en cause. Cette position est justifiée, car on pouvait craindre que l'obligation de déport entraîne des complications d'ordre pratique. Pascale Gonod⁵²³ note en effet que le décret du 6 mars 2008 ne répond pas à la difficulté (certes hautement hypothétique), d'une possible insuffisance du nombre de magistrats qui pourraient statuer au contentieux sur un texte rendu après avis de l'assemblée générale plénière dans laquelle chaque magistrat du Conseil d'État aurait pris part⁵²⁴. Or, dès lors que seuls les membres ayant voix délibérative sont tenus de s'abstenir, cette difficulté semble avoir été évacuée.

Enfin, le Conseil d'État nota que les dispositions attaquées « n'ont ni pour objet ni pour effet de porter les avis rendus par les formations administratives du Conseil d'État à la connaissance de ses membres siégeant au contentieux »⁵²⁵. Le Conseil d'État a donc démontré la séparation stricte des fonctions consultatives et contentieuses par le fait que les membres du contentieux n'ont pas accès aux avis rendus en sections administratives. Par la suite, un décret de 2011⁵²⁶ a ainsi complété le code de justice administrative par l'insertion de l'article R. 122-21-3 qui dispose que « Les membres du Conseil d'État qui participent au jugement des recours dirigés contre des actes pris après avis du Conseil d'État ne peuvent pas prendre connaissance de ces avis, dès lors qu'ils n'ont pas été rendus publics, ni des dossiers des formations consultatives relatifs à ces avis ». Or, il apparaît que la diffusion des avis semble poser des difficultés vis-à-vis de cette disposition. En effet, l'avis étant rendu public, les conseillers d'État en disposeront. Ils pourront être amenés à se positionner sur des textes dont les avis sont diffusés. Cet argument par lequel le Conseil d'État avait justifié l'absence de transmission de la question prioritaire de constitutionnalité apparaît donc aujourd'hui neutralisé par la pratique de diffusion.

Cette constatation ne nous conduit pas à affirmer que le Conseil d'État est impartial. En revanche, la décision *Alcaly* apparaît aujourd'hui dépassée, et dès lors que le rejet d'une question prioritaire de constitutionnalité est une décision qui n'a qu'une autorité relative de

⁵²² Art. R. 123-14 du code de justice administrative.

⁵²³ P. GONOD, *prec.*, p. 630.

⁵²⁴ Il convient de noter qu'Edouard Laferrière avait déjà examiné une telle hypothèse. Il concluait que le Conseil d'État devait nécessairement statuer sur la décision contestée, sous peine d'un déni de justice. Il rejetait en revanche la proposition qui consistait à prévoir un déport obligatoire des membres de la section administrative qui ont examiné le texte avant l'assemblée générale, dès lors que l'avis rendu est toujours celui de l'assemblée générale, et que l'avis ne reprend pas toujours la position de la section qui l'a traité. V. E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault et Cie, 1896, 2^{ème} ed., p. 311 et s.

⁵²⁵ CE, *Alcaly*, *prec.*

⁵²⁶ Décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011.

chose jugée⁵²⁷, un autre requérant pourrait ainsi soulever une nouvelle fois la question au Conseil d'État, qui pourrait ainsi transmettre la question au Conseil constitutionnel.

Par ailleurs, le Conseil d'État s'est déclaré compétent pour statuer à la place de la Cour des comptes dès lors que « tant le principe d'impartialité que celui des droits de la défense font obstacle à ce qu'une décision juridictionnelle prononçant la gestion de fait soit régulièrement rendue par la Cour des comptes alors que, comme en l'espèce, celle-ci a précédemment évoqué cette affaire dans un rapport public en relevant l'irrégularité des faits »⁵²⁸. En l'espèce, la Cour des comptes avait fait état dans son rapport public annuel en 1996 de l'engagement d'une procédure relative au « détournement des procédures d'achat au sein du commissariat de l'armée de terre », dans des termes, selon le Conseil d'État, suffisamment précis pour faire le rapprochement avec l'affaire contentieuse pendante. Une telle jurisprudence est-elle applicable au Conseil d'État, dès lors que ses avis sont publiés dans son rapport public annuel ? Le Conseil d'État répond par la négative dès 2006⁵²⁹, en considérant que « la circonstance que le sens de l'avis émis par la section des travaux publics du Conseil d'Etat a été publié au rapport annuel de cette institution pour l'année 2003 est sans incidence sur la légalité du décret attaqué ». Cette solution apparaît justifiée, du fait, d'une part, qu'elle ne porte pas, contrairement à l'affaire de la Cour des comptes, sur un litige en cours, mais sur une procédure séparée et non reliée au contentieux, les avis étant d'ailleurs examinés de manière abstraite ; et d'autre part, que les avis sont toujours rendus sans préjuger des solutions retenues par le juge administratif.

La diffusion des avis a donc des effets quant à l'articulation entre le dualisme fonctionnel et le principe de procès équitable, tel que posé par le juge administratif. La solution qu'il a donnée à la question prioritaire de constitutionnalité semble aujourd'hui neutralisée par le développement de la diffusion des avis. En revanche, la diffusion des avis ne semble pas avoir d'effets au regard des règles conventionnelles relatives à la garantie d'un procès équitable.

⁵²⁷ CE, 4e et 5e S.S.R., 3 février 2012, Syndicat professionnel dentistes solidaires et indépendant, n° 354068.

⁵²⁸ CE, Ass., 23 février 2000, Société Labor Métal et a., n° 195715.

⁵²⁹ CE, 10e et 9e S.S.R., 27 février 2006, Association Alcaly et a., n° 257688.

B) Un dualisme fonctionnel compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a développé une jurisprudence importante à partir de l'article 6§1 de sa convention⁵³⁰. En ce qui concerne l'impartialité des juridictions, composante du droit au procès équitable, la Cour EDH a ainsi distingué l'impartialité subjective, qui consiste à vérifier qu'un juge n'a pas une conviction personnelle « déterminée à l'avance »⁵³¹, de l'impartialité objective, qui consiste à rechercher si les règles applicables de procédure sont suffisantes pour assurer l'impartialité du tribunal.

A propos du dualisme fonctionnel, elle a jugé en 1995 que le Conseil d'État luxembourgeois ne respectait pas la convention. En l'espèce, la requérante faisait valoir que quatre des cinq membres composant la formation contentieuse avaient eu à connaître du texte en cause dans le cadre des formations consultatives du Conseil d'État. La Cour EDH a alors condamné le Luxembourg au motif que « le seul fait que certaines personnes exercent successivement à propos des mêmes décisions les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux se soient sentis liés par l'avis donné précédemment. Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question. »⁵³² L'apparence suffit ainsi à condamner le Luxembourg, la Cour EDH faisant sienne la célèbre maxime « *justice must not only be done, it must be seen to be done* »⁵³³.

Face à cette condamnation, le Luxembourg a fait le choix radical de transférer les fonctions contentieuses du Conseil d'État à une cour administrative nouvellement créée⁵³⁴.

⁵³⁰ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. ».

⁵³¹ F. BENOÎT-ROHMER, « Le Conseil d'État et l'article 6 de la Convention européennes des droits de l'homme : l'arrêt Procola de la Cour européenne des droits de l'homme », D. 1996, p. 303.

⁵³² CEDH, 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, req. n° 14570/89.

⁵³³ « Il ne suffit pas que la justice soit rendue, il faut qu'on voit qu'elle l'est été » nous traduisons, maxime attribué à Lord Hewart, Lord Chief Justice d'Angleterre et du Pays de Galle (1870-1943). V. F. JULIEN-LAFERRIERE, « Procédure administrative contentieuse et procès équitable », in Liber amicorum Darcy, 2002, ed. Bruylant, p. 452.

⁵³⁴ Lois du 12 juillet 1996.

En France, comme le note François Julien-Laferrière, la réaction fut différente, dès lors que le Conseil d'État a relevé « qu'un membre du Conseil d'État qui a participé à l'examen d'un acte administratif dans le cadre de la fonction consultative a la possibilité, voire l'obligation, de se retirer s'il est appelé à connaître du même acte par la voie contentieuse »⁵³⁵. Dès lors « le gouvernement et le Conseil d'État lui-même en ont conclu que le cas de figure de l'affaire Procola ne pouvait se produire en France, et que, partant, aucune réforme n'était nécessaire »⁵³⁶. En réalité, le Conseil d'État a précisé dès 1996 que l'absence d'obligation législative venant prévoir le déport obligatoire d'un magistrat administratif saisi au contentieux d'un texte sur lequel il aurait été saisi d'une demande d'avis ne porte « aucune atteinte aux principes généraux relatifs à la composition des juridictions »⁵³⁷. Par ailleurs, la Cour EDH n'a pas décelé d'incompétence de principe entre le cumul des fonctions consultatives et contentieuses au sein d'une même juridiction⁵³⁸. Elle précisa vis-à-vis du Conseil d'État français, que cette « situation ne suffit pas à établir un manque d'indépendance »⁵³⁹.

La France modifia tout de même les règles applicables pour prendre en compte la jurisprudence européenne. En 2008⁵⁴⁰, de nouvelles dispositions furent prises pour venir intégrer au code de justice administrative les obligations de déport des membres du Conseil d'État au contentieux qui ont été amenés à délibérer sur les textes examinés au contentieux dans le cadre des fonctions consultatives⁵⁴¹. Le fonctionnement général du Conseil d'État fut également modifié : depuis 2010⁵⁴², les membres du Conseil d'État ne sont désormais affectés au maximum qu'à deux sections⁵⁴³. Par ailleurs, les maîtres des requêtes et les auditeurs comptant moins de trois années de service au Conseil d'État sont affectés uniquement à la section du contentieux. Surtout, la section du contentieux ne comprend plus de membres qui appartiennent à des sections administratives⁵⁴⁴, et les formations de jugement en chambre réunies sont désormais départagées par un membre de la section du contentieux appartenant à une autre chambre⁵⁴⁵.

⁵³⁵ F. JULIEN-LAFERRIERE, *prec*, p. 453.

⁵³⁶ F. JULIEN-LAFERRIERE, *prec*, p. 453.

⁵³⁷ CE, Sect, 5 avril 1996, *Synd. des avocats de France*, *Leb.*, p. 118.

⁵³⁸ CEDH, 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas*, req. n° 39343/98.

⁵³⁹ CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c/ France*, n° 65411/01.

⁵⁴⁰ Décret du 6 mars 2008, *précité*.

⁵⁴¹ *V. supra*.

⁵⁴² Décret n° 2010-164 du 22 février 2010.

⁵⁴³ Contre trois auparavant. Art. R. 121-3 du code de justice administrative.

⁵⁴⁴ Depuis le décret du 6 mars 2008, *V. art. R. 122-2*.

⁵⁴⁵ R. 122-15 du code de justice administrative.

La diffusion des avis ne semble pas faire peser davantage un risque d'impartialité. La Cour EDH le précise ainsi dans l'arrêt *Sacilor Lormines* : « la publication de l'avis dans le rapport public du Conseil d'Etat de 1998 ne [peut] avoir fait naître dans le chef de la requérante des craintes objectivement justifiées »⁵⁴⁶, dès lors que les fonctions administratives traitent de pur problème juridique, en abstraction des droits subjectifs qu'un requérant peut faire valoir.

Si la diffusion ne semble pas impliquer de modification des règles de fonctionnement et d'organisation du Conseil d'État vis-à-vis du principe d'impartialité tel que défini par la convention et sa cour, on constate avec Pascale Gonod que « la nécessité d'assimiler une culture juridique européenne » a conduit à renforcer « la perspective de l'isolement [des rôles consultatifs et juridictionnel] »⁵⁴⁷. Pour autant, la diffusion des avis appelle désormais à une transformation du procès administratif dès lors qu'il porte sur un texte dont l'avis a été diffusé, et par là, à un dialogue entre les fonctions du Conseil d'État.

§2. Le procès administratif portant sur des textes examinés en formation consultative transformé

Le procès administratif portant sur des textes pour lesquels le Conseil d'État s'est prononcé dans le cadre de ses attributions consultatives semble se transformer si les avis portant sur ces textes sont diffusés. Tel est le cas, en premier lieu, si les avis diffusés portent sur des projets de textes réglementaires ou non réglementaires directement mis en jeu devant la section du contentieux. Tel est le cas également si, au cours d'un procès administratif, une partie remet en cause la conventionalité, voire la constitutionnalité par le biais d'une procédure de question prioritaire de constitutionnalité, d'une loi pour lequel l'avis du Conseil d'État a été rendu public.

Il apparaît ainsi, en fonction des textes mis en jeu, que la diffusion des avis modifie deux éléments phares du procès administratif : dès lors que l'avis du Conseil d'État est accessible tant à l'administration, qu'au juge et au requérant, l'égalité des armes semble améliorée (**A**) ; l'avis éclairé du Conseil d'État pourra servir au requérant, en pointant éventuellement des moyens susceptibles de conduire à l'annulation du texte sur lequel il porte (**B**).

⁵⁴⁶ CEDH, *Sacilor Lormines*, prec.

⁵⁴⁷ P. GONOD, prec., p. 630.

A) L'égalité des armes améliorée

La diffusion des avis semble transformer le procès administratif lorsque celui-ci porte sur un texte pour lequel le Conseil d'État a rendu un avis qui a fait l'objet d'une diffusion. En effet, l'avis publié entre désormais de plain-pied dans le procès administratif. Disponible tant pour l'administration (ce qui était déjà le cas dès lors que l'avis lui a été, par principe, remis), que pour le requérant et le juge, l'avis du Conseil d'État peut être désormais une pièce du dossier soumis au contradictoire. « L'égalité des armes »⁵⁴⁸, et par conséquent le principe du droit à un procès équitable, sont renforcés.

En effet, avant sa diffusion, l'avis du Conseil d'État, qui était nécessairement dans les mains de l'administration, destinataire originel de l'avis, pouvait également être connu par le juge⁵⁴⁹.

A cet effet, Daniel Labetoulle notait ainsi que « le juge a accès à une pièce qui ne peut être débattue contradictoirement. D'expérience, cette anomalie n'a guère de conséquences concrètes. Mais y mettre fin s'inscrirait dans le droit fil du décret du 6 mars 2008 et de la décision de Strasbourg. Comment ? Il ne serait pas acceptable qu'il suffise de former un recours pour accéder à un dossier non public. En revanche dire que le juge n'y a pas davantage accès serait concevable : concevable et souhaitable. »⁵⁵⁰

Dès 2008 sans doute⁵⁵¹, le Conseil d'État invitait, lorsqu'était en jeu une question relative à la consultation du Conseil d'État, le secrétaire général du gouvernement « à verser au débat tous les éléments qu'il juge utiles »⁵⁵². Cette solution, si elle semble la mieux à même de concilier d'un côté le respect du principe du secret des avis du Conseil d'État et, de l'autre, le respect de l'équité, n'en est pas moins problématique dès lors que c'est au défendeur de décider ou non de transmettre l'avis au requérant et on peut émettre le doute qu'il évite de le faire s'il n'a pas suivi l'avis.

⁵⁴⁸ E. SAGALOVITSCH, « De l'équité des procès des actes pris après avis du Conseil d'État », A.J.D.A., 2015, p. 2129.

⁵⁴⁹ V. *supra*.

⁵⁵⁰ D. LABETOULLE, « Sur la double fonction du Conseil d'État », R.J.E.P., nov. 2009, p. 10 et s.

⁵⁵¹ La 3^{ème} ed. des Grands avis du Conseil d'État précise que le contradictoire a été « récemment » rétabli.

⁵⁵² D. LABETOULLE, *prec.*, p. 10 et s.

C'est finalement à partir de 2011⁵⁵³ que les membres du Conseil d'État statuant au contentieux n'ont plus eu, en principe⁵⁵⁴, accès aux avis consultatifs portant sur les dossiers soumis au contentieux.

Désormais, certains avis étant diffusés, le dialogue entre les formations contentieuses et administratives peut renaître. Il apparaît alors que l'avis peut être pleinement soumis au contradictoire. Néanmoins, quelques difficultés subsistent. En effet, les avis du Conseil d'État ne sont pas tous diffusés : les avis portant notamment sur les projets d'actes réglementaires et non réglementaires ne le sont en principe pas. Par ailleurs, les avis ne sont pas diffusés nécessairement de façon intégrale. Le dossier qui entoure l'avis n'est ainsi pas rendu public⁵⁵⁵. Plus généralement, les avis peuvent être diffusés par extraits ou résumés⁵⁵⁶, ou bien consister en une note qui est diffusée, sans que le texte rendu par le Conseil d'État soit rendu public⁵⁵⁷. Dans ce cadre, la solution qui consiste à demander au secrétaire général du gouvernement de verser l'avis au dossier apparaît, pour la plupart des affaires, encore actuelle.

Si l'égalité des armes est tout de même mieux assurée devant le juge administratif, le requérant pouvant de plus en plus avoir accès aux avis du Conseil d'État, il faut tout de même constater la modification du statut de l'administration et du Gouvernement dans le procès administratif.

B) Une position du gouvernement affaiblie

Comme le souligne Éric Sagalovitsch, « la publicité de l'avis du Conseil d'État [...] peut venir aider le requérant »⁵⁵⁸. L'avis du Conseil d'État pouvant désormais être diffusé, les requérants disposent de l'analyse de haut niveau du Haut Conseil. Les requérants ou leurs conseils pourraient donc s'en servir pour découvrir des moyens utiles contre le texte qu'ils soumettent au juge administratif. Cette situation vient ainsi modifier les rapports entre les

⁵⁵³ Le décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011 a intégré à l'article R. 122-21-3 du code de justice administrative la règle selon laquelle « Les membres du Conseil d'Etat qui participent au jugement des recours dirigés contre des actes pris après avis du Conseil d'Etat ne peuvent pas prendre connaissance de ces avis, dès lors qu'ils n'ont pas été rendus publics, ni des dossiers des formations consultatives relatifs à ces avis. ».

⁵⁵⁴ V. *supra*.

⁵⁵⁵ Il ne l'est pas non plus au gouvernement.

⁵⁵⁶ C'est le cas des résumés que l'on trouve dans le rapport public annuel du Conseil d'État.

⁵⁵⁷ Pratique actuelle qui concerne les projets de loi.

⁵⁵⁸ E. SAGALOVITSCH, *prec.*, p. 1229 et s.

parties, dès lors que jusqu'à présent, seuls l'administration et le Gouvernement pouvaient avoir accès au texte.

Pour autant, il faut noter qu'à cette heure, seuls les avis sur les questions de droit des ministres et les avis sur les projets de loi sont le plus souvent diffusés et sont donc exploitables au contentieux. Dès lors, une telle diffusion paraît surtout pouvoir créer des effets dans le cadre de l'examen des questions prioritaires de constitutionnalité ou de conventionalité des lois. En effet, le Conseil d'État vérifie la constitutionnalité et la conventionalité des projets de loi dans ses avis. Les requérants pourraient, dans ce cadre, réutiliser l'avis si le Gouvernement ou le Parlement n'amendait pas le texte en conséquence.

Cette analyse entraîne à nos yeux deux conséquences qui viennent limiter la portée de cette affirmation. Tout d'abord, la diffusion entraîne une meilleure application des avis du Conseil d'État s'ils sont diffusés. En effet, les « failles »⁵⁵⁹ du texte sont exposées, ce qui incitera le Gouvernement ou le Parlement à amender le texte en conséquence, ou à le rejeter⁵⁶⁰. Par ailleurs, en ce qui concerne spécifiquement les avis sur les projets de loi, les avis sont rendus par le Conseil d'État sur le projet présenté par le Gouvernement. Or, le texte peut par la suite être amendé ou bien par les parlementaires ou bien par le Gouvernement lui-même, ce qui renforce encore la faible probabilité que l'avis du Conseil d'État ne soit pas appliqué. Au contraire, les avis du Conseil d'État sur des projets de textes réglementaires ou non réglementaires, qui ne sont pas diffusés, sont rendus sur un texte finalisé. Le Gouvernement voit sa marge de manœuvre limitée à trois options : modifier le texte complètement ou partiellement pour reprendre les améliorations proposées par le Conseil d'État, ne pas tenir compte de l'avis, ou enfin refuser de promulguer le texte.

Enfin, notons que la diffusion des avis pourra avoir un impact important en dehors même du procès administratif. Devant le Conseil constitutionnel, les parlementaires qui souhaitent déférer une loi⁵⁶¹ pourront désormais le saisir en se basant sur l'avis du Conseil d'État.

⁵⁵⁹ L.-A. BOUVIER, thèse, préc., p. 298.

⁵⁶⁰ V. en ce sens, l'examen par le Sénat du projet de loi constitutionnelle autorisant la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires du 31 juillet 2015. L'avis du Conseil d'État qui rejeté le texte fut diffusé. Le Gouvernement présenta le texte au Sénat, qui le rejeta par l'adoption d'une question préalable le 27 octobre 2015.

⁵⁶¹ Art. 61 de la Constitution.

La diffusion des avis consultatifs du Conseil d'État a donc contribué aux changements des fonctions contentieuses de la même institution. Des salles administratives jusqu'à la salle du contentieux, c'est l'ensemble du Palais-Royal qui semble devoir s'adapter à la diffusion des avis et à leur nouvelle fonction. Mais au-delà même de l'enceinte du Conseil d'État, la diffusion des avis semble modifier les relations de ce dernier avec les autres institutions.

Section 2. Une relation avec les autres juridictions consolidée

Les relations entre le Conseil d'État et les autres juridictions semblent évoluer en raison de la diffusion des avis consultatifs du premier. La diffusion fait en effet apparaître les points saillants d'une fonction au carrefour des droits. La fonction consultative exercée par le Conseil d'État implique une grande rigueur en ce qui concerne l'examen des projets de texte. Elle implique ainsi que le Haut Conseil précise les risques existant au regard de la légalité, mais également de conventionalité des textes qui lui sont soumis, notamment sur les projets et propositions de loi qui lui sont transmis. Or, dès lors que les avis sur les projets de loi sont rendus publics, la position du Conseil d'État sur la conformité du projet peut entrer en collision avec le contrôle de constitutionnalité de la loi qui n'appartient qu'au Conseil constitutionnel. Ainsi, il convient de s'interroger sur les conséquences de la diffusion des avis vis-à-vis des relations entre le Conseil d'État et son voisin (**Paragraphe 1**). Par ailleurs, les avis du Conseil d'État, qu'ils portent sur un texte ou sur une question d'un ministre, peuvent, en raison de la qualité des travaux, avoir une influence importante, tant devant le juge administratif inférieur que devant le juge judiciaire. Les avis sont-ils devenus des sources de droit ? A travers cette interrogation, nous observerons les liens entre le Conseil d'État et les juges ordinaires et les conséquences de la diffusion des avis sur ses relations (**Paragraphe 2**).

§1. Le renforcement des liens entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel en raison de la diffusion des avis

Le Haut Conseil, par ses avis, est amené à se prononcer sur des questions de constitutionnalité. L'apparition et le renforcement d'un organe doté d'une compétence d'attribution du contrôle de constitutionnalité des lois⁵⁶² modifient le contexte de la consultation du Conseil d'État. Comme le note Pierre Laroque, « quand il n'y avait pas de Conseil constitutionnel, l'appréciation se faisait au regard de la Constitution. Depuis qu'il y a

⁵⁶² Article 61 puis 61-1 de la Constitution.

un Conseil constitutionnel, c'est toujours la Constitution qui est considérée en premier, mais la Constitution telle qu'elle est interprétée par le Conseil constitutionnel »⁵⁶³. Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel ont des liens importants (A), dès lors notamment que, l'un par des avis, l'autre par des décisions, statuent sur des questions de constitutionnalité de la loi. La diffusion des avis semble renforcer encore ces liens et assurer une meilleure unité de l'application de la Constitution (B).

A) Des liens entre les Conseils traditionnellement étroits

Le Conseil d'État dans ses fonctions consultatives et le Conseil constitutionnel ont des liens communs importants. Tout d'abord, le Conseil d'État consulté sur les projets de texte, et singulièrement sur les projets et propositions de loi, est amené à exercer un contrôle préventif de constitutionnalité. Cette fonction se rapproche ainsi de celle, contentieuse, du Conseil constitutionnel, qu'il soit saisi de façon *a priori* ou *a posteriori*, puisqu'il se prononce sur la constitutionnalité des lois. Il apparaît bien que le Haut Conseillé partage dans ses fonctions consultatives des éléments communs. En témoigne la « préoccupation permanente »⁵⁶⁴ du Conseil d'État d'appliquer la jurisprudence du Conseil pour conseiller au mieux le Gouvernement.

Le Conseil d'État interprète par ailleurs dans ses formations contentieuses la Constitution. Si la Constitution confère au Conseil constitutionnel le contrôle de la constitutionnalité de la loi, le Conseil d'État est compétent pour vérifier la constitutionnalité de l'acte attaqué directement, si la loi ne fixe pas précisément les règles et principes de fond auxquels est soumis le pouvoir réglementaire⁵⁶⁵. De plus, le juge administratif peut constater l'abrogation implicite de dispositions légales antérieures à la Constitution et qui sont « inconciliables » avec elle⁵⁶⁶.

Ce rôle a par ailleurs été renforcé, en dehors du champ consultatif, par l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité⁵⁶⁷ en 2008⁵⁶⁸, faisant du Conseil d'État et de la

⁵⁶³ P. LAROQUE, Débats in *Le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel*, Colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, ed. L.G.D.J., 1988, p. 113.

⁵⁶⁴ P. LAROQUE, *prec.*, p. 113.

⁵⁶⁵ CE, 17 mai 1991, Quintin, n°100436.

⁵⁶⁶ CE, Ass., 16 décembre 2005, Syndicat national des huissiers de justice, n°259584. Notons, de façon anecdotique, que le premier avis rendu par le Conseil d'État avait déjà prévu une solution similaire. CE, Avis, 4 nivôse an VIII, cité par Bernard Pacteau (V. P (de la Gironde), « Que la nouvelle constitution a fait périr les lois anciennes inconciliables avec elle », D. 1999, p 705.

⁵⁶⁷ Art. 61-1 de la Constitution.

juridiction administrative un des rouages du contrôle de constitutionnalité *a posteriori* en lui confiant un rôle de filtrage.

Au-delà de cette identité de fonction et de l'identité de nature des questions examinées par les deux institutions, il faut noter que certains membres du Conseil constitutionnel ont des liens avec le Conseil d'État⁵⁶⁹. Ce lien fort entre les deux institutions se traduit également par le fait que le Conseil d'État transmet au Conseil constitutionnel les avis qu'il rend.

Il apparaît tout de même des différences entre les deux Conseils. Michel Roux souligne ces différences, indépendamment de la procédure de délégalisation des lois⁵⁷⁰, dès lors que « les deux Conseils interviennent à des stades, dans des matières, avec des pouvoirs sensiblement différents »⁵⁷¹. En effet, tandis que le Conseil d'État intervient en amont du projet, de façon uniquement consultative, le Conseil constitutionnel intervient une fois la loi votée, par le biais d'une décision juridictionnelle⁵⁷². Pour autant, il apparaît tout de même que l'on puisse rapprocher les deux institutions, dès lors qu'elles appliquent le même texte de référence. En ce sens, le droit administratif a toujours « fait parler le droit constitutionnel »⁵⁷³, dans une activité de « création continuée »⁵⁷⁴. Dès lors qu'ils interprètent « une seule Constitution »⁵⁷⁵, les liens entre les Conseils sont indéniables.

Cependant, s'il existe une seule Constitution, il peut y avoir une pluralité d'interprétations du texte. La diffusion des avis du Conseil d'État semble ainsi participer au renforcement des liens entre les deux institutions.

B) Une diffusion des avis renforçant l'influence mutuelle des deux Conseils

L'influence des deux Conseils l'un sur l'autre est prégnante dans les décisions des deux institutions.

⁵⁶⁸ Révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

⁵⁶⁹ M. ROUX, « La fonction consultative du Conseil d'État », R.A., n° spécial 6, 1999, p. 21.

⁵⁷⁰ Art. 37 de la Constitution : « Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. ».

⁵⁷¹ M. ROUX, *prec.*, p. 21.

⁵⁷² Art. 62 de la Constitution.

⁵⁷³ O. JOUANJAN, « La Constitution », in *Traité de droit administratif*, P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), Dalloz, 2008, p. 392.

⁵⁷⁴ O. JOUANJAN, *prec.*, p. 392.

⁵⁷⁵ R. BADINTER et M. LONG, « Une seule Constitution », in *Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État*, 1988, p. 29 à 31.

Les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux autres juges aux termes de la Constitution⁵⁷⁶. S'il n'existe aucun mécanisme juridictionnel permettant une application de ce principe, le Conseil d'État, *a fortiori* dans le cadre de ses fonctions consultatives, applique en principe la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dès lors que « remplir pleinement son office de conseiller juridique [implique] de prévenir, autant que faire se peut, une déclaration de non-conformité de la loi par le Conseil constitutionnel »⁵⁷⁷. Comme le note Olivier Schrameck, « certes, rien ne garantit que le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel vont converger, mais les contacts et les liens de toute nature entre les deux institutions sont tels qu'il y a tout de même de fortes probabilités en ce sens »⁵⁷⁸.

Pour autant, il peut exister des divergences d'interprétation de la Constitution entre les fonctions administratives du Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Un des points les plus importants consiste dans l'application de l'article 34 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a en effet refusé, à partir de 1982⁵⁷⁹, de censurer des dispositions contenues dans la loi qui empiètent sur le pouvoir réglementaire. Le Conseil d'État continue, au stade de l'examen des avis, de préciser les dispositions qui relèvent du domaine réglementaire⁵⁸⁰.

Il peut arriver que de manière ponctuelle, une divergence d'interprétation se fasse jour entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, et que le second censure une loi pour une disposition qui n'avait pas retenu l'attention du premier. C'est par exemple le cas dans le cadre de la loi HADOPI 1⁵⁸¹, pour laquelle le Conseil d'État⁵⁸² avait considéré que les sanctions administratives à l'encontre des auteurs de téléchargements illégaux étaient conformes à la Constitution, alors que le Conseil constitutionnel a censuré la loi sur ce point⁵⁸³.

Au-delà de ces divergences dans l'application des jurisprudences du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État peut être amené, dès lors qu'il est le premier à se prononcer sur une loi, et quelquefois le seul⁵⁸⁴, à découvrir de nouveaux principes constitutionnels au

⁵⁷⁶ Art. 62 de la Constitution.

⁵⁷⁷ J.-M. SAUVÉ, « Exposé de synthèse », in L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État, Dalloz, 2008, p. 127.

⁵⁷⁸ O. SCHRAMECK, « Libres propos croisées », R.D.P. 2008, p. 3 et s.

⁵⁷⁹ CC, 30 juillet 1982, Blocage des prix, n° 82-143 DC. V. en sens contraire et de façon isolée, CC, 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programmation pour l'avenir de l'école, n° 2005-512DC.

⁵⁸⁰ V sur ce point P. LAROQUE, *prec.*, p. 114.

⁵⁸¹ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

⁵⁸² Selon J.-M. SAUVÉ, *prec.*, p. 127, renvoyant aux motifs exposés dans le rapport public 2008 à propos du projet de loi relatif à la lutte contre les trafics de produit dopant.

⁵⁸³ CC, 10 juin 2009, Loi HADOPI 1, n° 2009-580 DC.

⁵⁸⁴ V. à ce propos l'intervention de L. FAVOREU, in *Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État*, 1988, p. 116.

sein de ses fonctions administratives. Le Conseil d'État, à l'occasion d'un avis sur un projet de loi constitutionnelle⁵⁸⁵, a ainsi dégagé la notion de « pacte social ». Or, comme le note Baptiste Bonnet, « cette expression [est] évanescence sur le plan juridique quant à son contenu. Identité constitutionnelle, dispositions expresses, dispositions inhérentes à l'identité constitutionnelle française et maintenant principes au fondement du pacte social français, autant d'expressions qui se confondent à tout le moins dans leur finalité en ce qu'elles matérialisent le même principe, celui d'un primat constitutionnel dans un certain nombre de domaines. »⁵⁸⁶. Si le Conseil constitutionnel n'a pas été appelé à se positionner sur ce principe, qui n'a pas été repris dans sa jurisprudence, d'autres interprétations du texte Constitutionnel, dégagées dans les avis du Conseil d'État, ont été reprises par le juge de l'aile Montpensier. Tel est le cas, par exemple, lorsque le Conseil constitutionnel⁵⁸⁷ « reprenant un avis du Conseil d'État, [...] stabilise sa jurisprudence »⁵⁸⁸, en considérant qu'une disposition qui n'impacte pas de façon spécifique le territoire de la Polynésie Française peut lui être appliquée sans consultation de son assemblée territoriale.

Il existe donc bien tout à la fois un respect par le Conseil d'État de la jurisprudence de son voisin, que des influences réciproques, qu'elles conduisent à écarter une interprétation jugée contraire à la Constitution ou qu'elles s'en inspirent dans les décisions et les avis de chacune des institutions.

La diffusion aura sans doute pour effet d'amplifier encore ce phénomène. Si, même avant la diffusion, le Conseil constitutionnel disposait de l'avis, pourtant secret du Conseil d'État, la diffusion fait entrer de nouveaux acteurs dans ce dialogue qui pourront le favoriser. La doctrine, qui, bien qu'elle ait été appelée à jouer un rôle par les présidents Badinter et Long⁵⁸⁹, pourra ainsi plus facilement mettre au jour et commenter les disparités et les recouvrements dans l'interprétation de la Constitution, et dans l'entrelacs, les relations entre ces deux institutions.

⁵⁸⁵ CE, Ass. G., Avis, 30 juillet 2015, Avis sur le projet de loi constitutionnel autorisant la ratification de la charte des langues régionales ou minoritaires, n° 390.268, Note BONNET Baptiste, « La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Une menace pour le pacte social français ? », A.J.D.A, 2015, p. 2246 et ss.

⁵⁸⁶ B. BONNET, *prec.*

⁵⁸⁷ CC, 7 juillet 1994, Loi relative aux modalités de l'exercice par l'État de ses pouvoirs de contrôle en mer, n° 94-342DC.

⁵⁸⁸ R. FRAISSE, « Les collectivités territoriales régies par l'article 74 », N.C.C.C., 2012, n° 35.

⁵⁸⁹ Dans leur allocution d'ouverture, ils notent que « La doctrine [...] doit aider [les Conseils] en plaçant dans la même réflexion et la même orientation générale des décisions dont l'apparente disparité résulte de la variété des questions posées au juge comme aussi parfois des circonstances immédiates qui les ont provoquées », R. BADINTER et M. LONG, *prec.*, p. 30.

La diffusion des avis du Conseil d'État participe ainsi à un renforcement des liens déjà forts qui unissent les deux Conseils. La diffusion des avis aura également un impact sur ses relations avec les autres juges, dont les juges administratifs inférieurs et les juges judiciaires.

§2. Une prise en compte renforcée des avis par les juges ordinaires

Les avis du Conseil d'État ne s'imposent pas aux juridictions. Le Conseil d'État dans ses formations contentieuses, respectant les exigences d'impartialité, n'est pas lié par l'avis rendu. Il peut ainsi annuler une décision pourtant conforme à un avis, même si « l'usage veut [...] que le contentieux ne puisse prendre une position juridique contraire à celles des formations administratives que dans son instance la plus solennelle, l'Assemblée du contentieux »⁵⁹⁰. Les rapports publics annuels ont progressivement réaffirmé cette règle, en précisant dès 2007 que « les avis rendus par le Conseil d'État dans le cadre des fonctions consultatives le sont sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes. Ils ne préjugent pas des solutions qui pourraient être retenues par le juge administratif. Les textes qui suivent se bornent à les reproduire ou à en retracer le contenu ». Depuis 2012, la formule a été modifiée : « Les avis rendus par le Conseil d'État dans le cadre de sa fonction consultative sont transmis au Gouvernement qui apprécie les suites qu'il entend donner. Ils ne préjugent pas des solutions qui pourraient être retenues par les juridictions compétentes et, en particulier, par le juge administratif. » Cette formule est toujours utilisée dans les rapports publics annuels. Elle figure dans les rapports publics annuels 2015 et 2016 sur une page isolée, en gras et encadrée. Une telle règle, si elle s'applique au juge du Palais Royal, s'applique également aux autres juges administratif. La diffusion pourrait ainsi avoir pour conséquence de renforcer l'autorité morale des avis, quitte à en faire, pour les juges administratifs, des sources de droit, modifiant *de facto* les relations qu'entretiennent le Conseil d'État et les juridictions inférieures (A). Le juge judiciaire pourrait être conduit également à donner une plus grande portée aux avis du Conseil d'État (B).

⁵⁹⁰ J. MASSOT et T. GIRARDOT, Le Conseil d'État, La documentation française, 1999, p. 78.

A) Une diffusion des avis influençant leur réception par les juges administratifs inférieurs

En dehors des avis contentieux⁵⁹¹, la fonction consultative du Conseil d'État semble relativement éloignée des juges des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Néanmoins, tout autant que la section du contentieux, les juges administratifs peuvent être amenés à traiter des questions pour lesquelles le Conseil d'État a apporté une réponse dans le cadre de ses activités consultatives.

C'est notamment le cas lorsqu'une question de contrôle de constitutionnalité ou de conventionalité se pose devant le juge administratif. Il est en effet compétent pour la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité⁵⁹², ou pour statuer sur la conventionalité des lois. Ayant désormais accès aux avis diffusés du Conseil d'État, pourrait-il être tenté de fonder son raisonnement sur celui des sections consultatives ? Il nous est difficile de répondre. Pour autant, on peut penser qu'au regard de la situation du Conseil d'État en tant que cour suprême, les juridictions inférieures pourraient donner une assez grande importance à son avis. En effet, tout le laisse à penser⁵⁹³ si l'on considère « l'autorité naturelle des positions officielles du Conseil d'État »⁵⁹⁴ et des avis sur les questions de droit posées par les juridictions inférieures.

De même, les avis sur les questions de droit posées par les ministres peuvent avoir, comme le note Jean Goudrou, un « impact particulier »⁵⁹⁵, dès lors que ces avis sont détachés des termes de la question posée et peuvent ainsi être interprétés comme un véritable « guide » juridique. De ce fait, on note que « leur poids est généralement considérable [en raison] de ce que l'avis donné constitue plus qu'une indication sur la façon dont le Conseil d'État jugeait en dernier ressort de la légalité administrative, interpréterait ou appliquerait le droit sur ce point particulier »⁵⁹⁶. Pour autant, il apparaît à la lecture de ces avis que le Conseil cherche avant tout à répondre à une question précise et destinée à aider à l'action publique et non pas à résoudre une question juridique.

⁵⁹¹ Qui sont en dehors du champ de cette étude.

⁵⁹² Art. 23-1 à 23-3 de l'ordonnance 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

⁵⁹³ « On rappellera que l'avis est dépourvu de toute autorité de la chose jugée. La juridiction, saisie du litige principal, reste naturellement libre de son jugement. Néanmoins, il est rare que la juridiction qui a procédé à la saisine du Conseil d'État ou d'ailleurs toute autre cour ou tribunal, décide, in fine, de s'affranchir de l'avis rendu par la juridiction suprême. », Code de justice administrative, ed. LexisNexis, 2015, p. 27.

⁵⁹⁴ J. GOUDROU, « L'avis du Conseil d'État sur une question de droit », in Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, ed. Dalloz, 2004, p. 201.

⁵⁹⁵ J. GOUDROU, *prec.*, p. 199.

⁵⁹⁶ Y. GAUDEMET et al., Les grands avis du Conseil d'État, *prec.*, p. 63.

La diffusion des avis, les rendant plus accessibles, pourrait devenir un nouveau creuset des liens entre le Conseil d'État et les autres juges administratifs. L'autorité naturelle du Conseil d'État, en tant que cour suprême, pourrait ainsi s'étendre à ses fonctions consultatives. Diffusés, les avis pourraient en réalité être considéré par les juridictions inférieures comme une source de droit, ou à tout le moins une « source matérielle importante de la légalité administrative »⁵⁹⁷, dont la force semble bien plus importante auprès des autres juges administratifs que des formations contentieuses du Conseil d'État.

Au-delà des juges administratifs, les avis du Conseil d'État peuvent faire irruption dans le cadre d'un procès devant le juge judiciaire. Les relations entre le Conseil d'État et l'autre ordre juridique ainsi que sa position institutionnelle du Conseil justifient l'étude de l'autorité des avis sur son voisin du Quai de l'Horloge. La diffusion des avis implique, ici encore, un renouveau des relations entre juges judiciaires et Conseil d'État.

B) Un certain renouveau des relations entre Conseil d'État et juge judiciaire

La fonction consultative ne paraît pas, *a priori*, être le terreau d'un « dialogue des juges »⁵⁹⁸. Les avis étant secrets, les demandeurs et même le juge judiciaire ne pouvaient y avoir accès. Par ailleurs, ces avis peuvent trancher des questions de droit public, ne rentrant donc pas dans la compétence du juge judiciaire.

De plus, le fait que le juge judiciaire doit parfois se référer à la jurisprudence administrative n'implique pas qu'il utilise les avis du Conseil d'État. Le Tribunal des conflits a précisé, en raison de l'exigence de bonne administration de la justice, et du droit à un jugement dans un délai raisonnable, qu'en « cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative ; il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal »⁵⁹⁹. Le juge judiciaire, saisi d'une contestation sérieuse sur la légalité d'un acte administratif, ne doit plus nécessairement surseoir à statuer, et se fonder sur une jurisprudence

⁵⁹⁷ Y. GAUDEMET et al., *prec.*, p. 63.

⁵⁹⁸ Conclusions Bruno Genevois sous CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c./ Cohn-Bendit*, n° 11604, *Leb.* p. 524.

⁵⁹⁹ TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau c/ INAPORT et a.*, n° C3828-3829.

du Conseil d'État. Il peut également statuer si est en jeu une question relative au droit de l'Union européenne. Aux termes même de cet arrêt, il apparaît que le juge judiciaire ne peut en revanche se fonder sur les avis consultatifs du Conseil d'État, dès lors qu'il n'est pas, dans ses formations consultatives, un juge administratif.

La diffusion des avis consultatifs du Conseil d'État peut s'ancrer dans un mouvement de renouveau des rapports entre les institutions des deux ordres juridictionnels. La récente diffusion des avis sur les projets de loi en témoigne : parce qu'ils débordent du seul droit administratif, ces avis traitent de questions juridiques sur tous les domaines et y apportent des réponses de haut niveau. Le juge judiciaire peut donc être affecté par les avis rendus par le Conseil d'État.

Comme devant les autres juges, ces avis peuvent être utiles au juge judiciaire lors de l'examen d'une question conventionnelle, d'une question prioritaire de constitutionnalité, ou encore pour interpréter des dispositions législatives.

De façon plus prégnante, les avis du Conseil d'État peuvent être invoqués devant le juge judiciaire. Face à ces avis, la Cour de cassation a pu tenter d'éviter de répondre.

Ainsi, un requérant, à l'occasion d'un pourvoi en cassation, avait notamment fondé sa requête sur un élément contenu dans un avis sur une question d'un ministre rendu par le Conseil d'État⁶⁰⁰. La Cour de cassation n'a pas répondu au moyen⁶⁰¹.

De même, certains requérants soulèvent comme moyen le fait que l'arrêt attaqué serait contraire à la combinaison d'articles du code pénal, du code de procédure pénale, et de l'avis du Conseil d'État du 12 novembre 1806⁶⁰². Ce dernier avis semble correspondre à un avis en interprétation de loi, et a donc valeur législative. En effet, il a été approuvé par décret de l'empereur et publié⁶⁰³. Cet avis fonde la règle d'interdiction de l'aggravation du sort de la personne en appel dans la matière pénale⁶⁰⁴. Il paraît difficile de le considérer comme un « avis » au sens strict dès lors qu'il a une valeur légale. La Cour de cassation a pu, ou bien

⁶⁰⁰ CE, Fin., Avis, 13 novembre 1969, Demande d'avis sur la question de savoir si les maîtres exerçant leurs fonctions dans des établissements d'enseignement privés peuvent être admis à se présenter aux concours n° 303011.

⁶⁰¹ Cass., Sociale, 25 février 1997, Jestin, n° 93-43.720.

⁶⁰² V. Cass, Crim. 14 novembre 1973, Emidof et Lamour, n°72-91.157, Bull. crim., n° 416. ; Cass, Crim., 27 novembre 1963, n° 63-92.583 ; Cass, Crim., 26 avril 1988, n° 84-94.354.

⁶⁰³ V. J. DESENNE, Les cinq codes annotés des lois, décrets, avis du Conseil d'État, ordonnances du Roi et instructions ministérielles, 1819, p. 557.

⁶⁰⁴ P.-D. DE BOISVILLIERS, « La règle de l'interdiction d'aggraver le sort du prévenu », R.S.C. 1993, p. 694.

refuser de répondre à ce moyen en le rejetant⁶⁰⁵, ou bien accepter le moyen, en se fondant sur l'ensemble des « textes visés » présenté par le requérant⁶⁰⁶.

Les avis du Conseil d'État peuvent-ils être des sources du droit pour la Cour de cassation ? Le juge du Quai de l'Horloge ne répond pas clairement à la question. Ainsi, d'un côté, la Cour de cassation a pu censurer une cour d'appel qui avait interprété un texte en fonction d'un avis du Conseil d'État⁶⁰⁷, en considérant que le juge n'avait pas statué « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »⁶⁰⁸. D'un autre côté, on peut trouver des arrêts de la Cour de cassation qui fondent leur interprétation d'un texte sur l'avis du Conseil d'État. C'est notamment le cas en 1978, la Cour ayant précisé que « l'arrêt attaqué a pu déduire, conformément à l'avis du Conseil d'État du 19 octobre 1948, qu'en application de l'article L.417 du code de la sécurité sociale, ladite dame relevait, [...] du régime spécial des agents titulaires des communes »⁶⁰⁹.

Si le statut des avis n'est donc pas clairement fixé vis-à-vis du juge judiciaire, ce dernier peut en revanche accepter de « s'inspirer, reprendre le raisonnement de l'avis ou ne pas censurer une décision d'un juge du fond ayant fondé son raisonnement sur un avis »⁶¹⁰. Ainsi, on peut voir qu'un avis du Conseil d'État présenté en appui d'un moyen du requérant a été analysé par la Cour de cassation⁶¹¹, bien qu'il n'ait pas conduit à la cassation de l'arrêt attaqué. De même, la Cour⁶¹² a rejeté un pourvoi contre un arrêt qui fondait son argumentation sur un avis du Conseil d'État⁶¹³. Enfin, la Cour de cassation a pu interpréter un règlement en se référant à l'argumentation qu'avait tenue le Conseil d'État dans son avis, en précisant « que par son objet, cette réglementation, qui comporte un étroit contrôle du ministre de la Santé publique, vise essentiellement à protéger la santé des personnes, qui

⁶⁰⁵ Cass, Crim., Emidof et Lamour, prec.

⁶⁰⁶ Cass, Crim., 27 novembre 1963, prec., : « La cour d'appel a violé les textes visés au moyen ».

⁶⁰⁷ CE, Soc., Avis, 22 novembre 2005, Demande d'avis relative à l'application des dispositions du décret n°2002-1555 du 24 décembre 2002, n° 372.440.

⁶⁰⁸ Cass., Civ. 2e, 5 juin 2008, Mme Zagnjor c/ CPAM de Versailles, n° 07-16.175 : « Attendu que, pour rejeter la demande de Mme X..., l'arrêt retient qu'une circulaire de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés invitait les caisses à surseoir à la revalorisation de certaines rentes d'ayant droit tant que les pouvoirs publics ne se seraient pas prononcés de manière définitive sur l'application dans le temps des dispositions susmentionnées, et qu'un avis formulé, le 22 novembre 2005, par le Conseil d'Etat expose de manière explicite le sursis de mise en application des nouvelles mesures aux maladies déclarées antérieurement au 1er septembre 2001 ; ».

⁶⁰⁹ Cass., Sociale, 4 octobre 1978, n° 77-12.425.

⁶¹⁰ H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État, bilan de synthèse », R.F.D.A 2009, p. 909.

⁶¹¹ « L'argumentation de la défense ne résiste pas à l'analyse [et] ne repose sur aucun moyen sérieux permettant d'écarter l'interprétation des textes retenues par l'administration fiscale par référence à l'avis du Conseil d'État du 5 juillet 1977 », Cass. Crim., 30 novembre 2005, Société commerciale d'eaux minérales du bassin de Vichy n° 04-82.511.

⁶¹² Cass, Crim., 12 février 2002, *Fédération Nationale des infirmiers*, n° 01-84.765.

⁶¹³ CE, Soc., Avis, 10 février 1999, Demande d'avis relative à l'interprétation des articles L. 372, L. 474 et L. 483 du code de la santé publique, n° 363.222.

pourrait être compromise par un abus ou par un mauvais usage des médicaments, ainsi que l'a admis le Conseil d'Etat dans un avis du 15 mars 1979 »⁶¹⁴.

Les avis du Conseil d'État semblent avoir une résonance assez importante dans la jurisprudence du juge judiciaire, et la diffusion de ces avis aura peut-être pour conséquence un renforcement de leur influence sur sa jurisprudence. En effet, d'une part, les requérants, ayant plus facilement accès que par le passé aux avis pourront être tentés d'appuyer ou de fonder leur argumentations sur ces avis. D'autre part, la Cour de cassation, et plus généralement le juge judiciaire, pourront eux-mêmes être tentés, si ce n'est en citant directement l'avis, de reprendre son argumentation. En ce sens, la diffusion des avis implique un renforcement des liens entre le Conseil d'État et le juge judiciaire, mais également un renouveau, dès lors que le juge judiciaire pourra tout autant se fonder sur la jurisprudence du Conseil que sur ses avis.

La diffusion des avis du Conseil d'État, comme nous l'avons vu, a des conséquences diverses.

Tout d'abord, sur l'avis lui-même. Non seulement, la fonction des avis du Conseil d'État est transformée, dès lors que les avis ne servent plus uniquement à examiner des textes et à répondre à des questions précises relatives à l'action publique, mais également à éclairer le débat public. Cette nouvelle fonction, si elle a conduit à modifier la forme de certains des avis rendus, n'en a pour autant pas modifiée le contenu, condition *sine qua non* du maintien de l'utilité des fonctions consultatives du Conseil d'État, toujours et encore principalement au service des pouvoirs publics. N'est pas affectée non plus la nature des avis rendus par le Haut Conseil : l'absence de force juridique des avis n'est pas impactée par leur diffusion. L'inverse aurait conduit à une mutation des fonctions consultatives vers une fonction administrative du Conseil d'État.

Ensuite, il existe des conséquences sur le Conseil d'État lui-même. L'auteur des avis semble ainsi se renouveler au-delà de ses fonctions consultatives. En son sein, le Conseil d'État en tant que juridiction doit faire face à certaines modifications. Les critères fixés par le Conseil d'État relatifs à l'impartialité de la juridiction administrative semblent ainsi affectés par la diffusion des avis, dès lors que le Conseil d'État avait fondé l'impartialité de ses membres sur l'absence de connaissance des avis, ces derniers n'étant pas publiés. La diffusion impliquera ainsi de remettre à jour ces critères. De même, le procès administratif, lorsqu'il porte sur un texte ayant fait l'objet d'un avis diffusé, est transformé. L'avis étant désormais

⁶¹⁴ Cass., Crim., 2 juillet 1980, n° 80-81.062.

disponible pour l'ensemble des acteurs du procès, l'équité semble améliorée. La position de l'administration et du Gouvernement, quant à elle, sera modifiée, le requérant pouvant ainsi avoir accès aux « failles » des textes, si elles n'ont pas été comblées, déjà détectées par le Conseil d'État. Au-delà de l'enceinte du Conseil d'État, la diffusion des avis modifie ses relations avec les autres juges : tant avec le juge constitutionnel, qu'avec le juge administratif ou judiciaire, qui pourront désormais prendre en compte la position du Conseil d'État en tant que conseil.

CONCLUSION

Jean Massot, au début des années 2000, précisait que « l'on peut véritablement affirmer que la pratique [de diffusion des avis du Conseil d'État] a conduit à faire de la publicité la règle et de la confidentialité l'exception »⁶¹⁵. Néanmoins, il apparaît que si l'on peut montrer l'existence d'un mouvement de diffusion de ces avis, cela n'empêche pas la règle du secret de demeurer.

Toutefois, si la règle du secret des avis a été consacrée par le législateur, elle pourra toujours être remise en cause. La diffusion des avis sur les projets de loi, associée aux aspirations de démocratie et de transparence fragilisent les fondements de cette règle qui apparaît alors comme quelque peu surannée. Ainsi, le 26 janvier 2016⁶¹⁶, l'Assemblée Nationale adoptait un amendement visant à rendre communicables les avis du Conseil d'État rendus sur les projets de loi.

Si le secret des avis demeure la règle, la diffusion de ces mêmes avis progresse, et le Conseil se trouve de plus en plus sous les feux de la rampe. A ce titre, l'année 2015 marqua une profonde rupture dans la diffusion. Suite au discours du Chef de l'État, les avis sur les projets de loi sont diffusés. Au même moment, *Consiliaweb* était mis en ligne, et avec lui le public pouvait accéder à plus de 3500 avis. Si les avis sur les questions de droit des ministres sont généralement diffusés depuis la fin des années soixante-dix, reste, en clair-obscur, que les avis sur les projets de textes réglementaires et non-réglementaires ne le sont en principe pas.

La mise en lumière de la fonction consultative du Conseil a entraîné des conséquences tant sur les avis que sur leur auteur. L'avis étant désormais visible, il change de fonction : sans renier sa fonction initiale – celle d'éclairer le commanditaire de l'avis – il illumine désormais les débats publics. Cela a conduit le Conseil d'État, sans en modifier le contenu, à en changer la présentation, rendant ces avis plus clairs et accessibles, dans une volonté de pédagogie.

⁶¹⁵ J. MASSOT, « La fonction consultative du Conseil d'État », R.A., 2000, numéro spécial n° 3, p. 21 et ss.

⁶¹⁶ Scrutin du 26 janvier 2016, Loi Economie pour une république numérique, n° 3318. Le Sénat a par la suite amendé le texte.

La diffusion des avis n'a pas simplement conduit à apporter une nouvelle clarté sur les fonctions consultatives, elle a également fait saillir les arêtes d'un procès administratif renouvelé lorsqu'il porte sur des textes dont les avis ont été diffusés. Les règles encadrant l'exigence d'impartialité subissent en revanche une ombre portée, et il reviendra au Conseil d'État de rétablir des règles aujourd'hui neutralisées par la diffusion des avis.

Au-delà même du Palais-Royal, la diffusion (devrait-on parler ici de diffraction ?) des avis fait apparaître un nouveau rayonnement du Conseil, tant dans son propre ordre de juridiction, qu'avec ses voisins. Les avis sont ainsi le support d'une nouvelle voix du Conseil d'État. Par contraste, la diffusion des avis peut conduire à une plus forte exposition du Conseil d'État, et ce faisant, à ce que ses avis soient interprétés politiquement. Ce risque d'une lecture politisée des avis n'est pas en revanche uniquement liée à leur diffusion. En effet, il se manifestait déjà avant même la diffusion systématique des avis du Conseil, et se révèle ainsi être un corolaire de la fonction consultative du Conseil d'État.

Reste alors, à examiner le choix du terme de diffusion pour décrire le mouvement de mise en lumière des avis.

Au terme de cette recherche, il ressort clairement que la diffusion de l'avis du Conseil d'État n'a pas impliqué son opposabilité en droit. Or, dès lors que la publication évoque pour tout juriste, par transparence, la force juridique d'un texte, nous ne pouvons pas utiliser ce terme.

Pouvons-nous parler de publicité ? Deux raisons nous conduisent à répondre par la négative. Tout d'abord, il apparaît que la publicité peut tout de même impliquer l'opposabilité du texte publié⁶¹⁷. Ensuite, la notion de publicité conduit à ce que l'avis soit disponible entièrement et pour tout public. Or, il nous est apparu que certains avis sont rendus publics partiellement : soit car ils ne sont pas diffusés *in extenso*, soit car ils ne sont diffusés qu'à une partie du public, et restent dans l'ombre pour l'autre⁶¹⁸.

Seul le terme de diffusion permettait de faire transparaître le *mouvement* de diffusion des avis. Par ailleurs, il est suffisamment plastique pour correspondre à notre étude, et

⁶¹⁷ « s'il est exact que la publicité donnée à l'acte n'emporte pas toujours non plus l'entrée en vigueur immédiate de la norme qu'il contient, il ne faut pas non plus sous-estimer la portée de la publicité. » : B. SEILLER, « Charles Eisenmann et l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux », R.D.P., 2016, p. 413 et s.

⁶¹⁸ C'est le cas par exemple, de certains avis rendus sur les propositions de loi.

semblait le mieux à même de dessiner la réalité de la pratique de diffusion. Ce terme, ne s'attachant pas à une procédure de diffusion particulière, semblait être le seul à pouvoir décrire la variété des situations envisagées : que la diffusion soit immédiate, ou au contraire repoussée dans le temps, qu'elle porte sur l'ensemble de l'avis ou sur une partie, que la diffusion soit décidée soit par son commanditaire, soit par un tiers...

Aussi, le terme de diffusion a permis d'éclairer d'un jour nouveau la fonction consultative du Conseil d'État. Son étude a conduit à faire apparaître une fonction au cœur de l'État, dans l'entrelacs entre la « consultation [et] la décision »⁶¹⁹. Au-delà de notre étude, se dessine le projet de décrire de façon plus générale le fonctionnement des fonctions consultatives.

Dans son article « Qu'est-ce que les Lumières ? »⁶²⁰, Emmanuel Kant répondait qu'il s'agissait de « la sortie de l'homme de sa minorité dont il est lui-même responsable ». Il constatait ainsi un mouvement d'émergence d'un usage public de la raison, et la sortie de l'état de tutelle.

La diffusion des avis, parce qu'elle contribue à un débat démocratique éclairé, participe sans aucun doute à ce mouvement.

⁶¹⁹ M.LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », R.F.D.A 1992, p. 787 et s.

⁶²⁰ E. KANT, « Qu'est-ce que les Lumières ? », 1784, disponible sur : <https://webusers.imj-prg.fr/~david.aubin/cours/Textes/Kant-lumieres.pdf>.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

1. Ouvrages généraux

BRAIBANT Guy et STIRN Bernard, *Le droit administratif français*, ed. Dalloz et Presses de Sciences Po, 2002, 6^{ème} ed., 641 p.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, ed. Montchrestien, 2001, 15^e édition, 1427 p.

EISENMANN Charles, *Cours de droit administratif*, Tome 2, ed. L.G.D.J., 2014, 892 p.

ENCINAS DE MUÑAGORRI Rafael, *Introduction générale au droit*, ed. Champs Université, 4^{ème} ed., 2015, 382 p.

FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, *Droit administratif*, ed. L.G.D.J, 2015, 10^e édition, 646 p.

GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, Issy Les Moulineaux, ed. L.G.D.J, 2015, 21^e édition, 537 p.

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, ed. Dalloz, 2002, 12^{ème} ed., 1149 p.

LAFERRIERE Édouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Tome 1, ed. Berger-Levrault et Cie, 1896, 2^{ème} édition, 739 p.

TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, ed. Dalloz, coll. Précis, 8^{ème} éd., 2009, 656 p

2. Ouvrages spécialisés

BOUVIER Laure-Alice, *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, ed. L.G.D.J, coll. Systèmes pratique, 2015, 152 p.

COTTIER Bertil, *La publicité des documents administratifs : Etude de droit suédois et suisse*, ed. Librairie Droz, 1982, 261 p.

FOUGERE Louis (dir.), *Le Conseil d'État : son histoire à travers les documents d'époques, 1799-1974*, ed. CNRS, 1974, 1012 p.

GAUDEMET Yves, STIRN Bernard, DAL FARRA Thierry, ROLLIN Frédéric, *Les grands avis du Conseil d'État*, ed. Dalloz, coll. Grands avis, 2008, 582 p.

LESAGE Michel, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, ed. L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit public, 1960, 322 p.

MASSOT Jean et GIRARDOT Thierry, *Le Conseil d'État*, Paris, ed. La documentation française, 1999, 230 p.

MBONGO Pascal et RENAUDIE Olivier (dir.), *Le rapport public annuel du Conseil d'État, Entre science du droit et discours institutionnel*, ed. Cujas, 2010, 185 p.

PICHON Louis-André, *De l'état de la France sous la domination de Napoléon Bonaparte*, ed. H. Nicolle, Paris, 1814, 346 p.

REJET Thierry (dir.), *L'inflation des avis en droit*, ed. Economica, coll. Etudes juridiques, 1998, 199 p.

Colloque des 21 et 22 janvier 1988, *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, ed. LGDJ, 1988, 533 p.

3. Thèses

BOUVIER Laure-Alice, *Le Conseil d'État et la confection de la loi*, dact., Université Panthéon Assas, 2013, 456 p.

CLUZEL-METAYER Lucie, *Le service public et l'exigence de qualité*, ed. Dalloz, 2006, 634 p.

4. Articles

ANDRIEUX André, « Le rôle consultatif du Conseil d'État », in *Conseil d'État, livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII, 24 décembre 1949*, Recueil Sirey, 1952, p. 395 à 401

AUBY Jean-Bernard, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », R.F.A.P, 2011, p. 13 à 19

AUBY Jean-Marie, « Le régime juridique des avis dans la procédure consultative », A.J.D.A. 1956, p. 53 à 67

DE BAECQUE Francis, « Le Conseil d'État, conseil du Gouvernement », in F. DE BAECQUE et J.-L. QUERMONNE, *Administration et politique sous la Ve République*, ed. Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1982, p. 134

BARTOLONE Claude, « Penser et voter la loi », J.C.P.E., 2015, n°14, p.1 à 3

BELORGEY Jean-Michel, « L'État entre transparence et secret », Pouvoirs, 2001, p. 25 à 32

BELRHALI-BERNARD Hafida, « Les avis conformes du Conseil d'État », A.J.D.A 2008, p. 1181

BENOÎT-ROHMER Florence, note sous CEDH, 28 septembre 1995, Procola c/ Luxembourg, D. 1996, p. 301 à 305

BIANCARELLI Jacques et ROBERT Nicolas, « Le principe de transparence en droit communautaire », in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 493 à 515

BOUVIER Laure-Alice, « Les avis du Conseil d'État sur les projets de lois : légitimité d'une fonction juridique à portée politique », L.P.A, 2015, n°46, p.6 et ss.

BOUVIER Laure-Alice « Vers la fin du secret des avis du Conseil d'État sur les projets de lois ? », A.J.D.A., 2015, p. 558 à 562

CARCASSONNE Guy, « Le trouble de la transparence », Pouvoirs, 2001, p. 172 et ss.

CARTIER Emmanuel, « Publicité, diffusion et accessibilité de la règle de droit dans le contexte de la dématérialisation des données juridiques », A.J.D.A., 2005, p. 1092 à 1101

CHEVALLIER Jacques « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? », D. 2000, p. 575 et ss.

CHEVALLIER Jacques, « De l'administration démocratique à la démocratie administrative », R.F.A.P., 2011, p. 217 à 227

COSTA Jean-Paul, « L'image du Conseil d'État dans la société de demain », R.A., 1998, p. 54 à 60

COMBARNOUS Michel, « L'enfant, l'école et la religion », R.A., 1999, n° spécial, p. 66 à 77

DEUMIER Pascale, « La publication de la loi et le mythe de sa connaissance », L.P.A, 2000, n°46

J-P. DUPRAT, « La transparence du processus parlementaire », in DRAGO Rolland (dir.), *La confection de la loi*, ed. PUF, coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2005, p. 137 et s.

DURANT Charles, « La coopération entre le gouvernement et le Conseil d'État sous le Consulat et le premier empire » in *Conseil d'État, livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII, 24 décembre 1949*, Recueil Sirey, 1952, p. 77 à 94

DRAGO Guillaume, « Fonctions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans la confection de la loi », in DRAGO Rolland (dir.), *La confection de la loi*, ed. PUF, coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2001, p. 63 à 77

FRAISSE Régis, « Les collectivités territoriales régies par l'article 74 », N.C.C.C., 2012, n° 35

GAUDEMET Yves, « Rapport de la Commission Ballardur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », R.D.P., 2008, p. 3 et ss.

GAUDEMET Yves, « La Constitution et la fonction législative du Conseil d'État », in *Mélanges Jean Foyer*, 1997, p. 61 et s.

GAUDEMET Yves, « Le Conseil d'État et la confection de la loi », R.D.P, 1986

GONOD Pascale, « La publicité des avis du Conseil d'État », A.J.D.A 2015, p. 369 à 371

GONOD Pascale, « L'administration et l'élaboration des normes », in *Traité de droit administratif*, tome 1, sous la direction de GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe, 2011, Dalloz, p. 529 à 561

GONOD Pascale, « L'examen des propositions de loi par le Conseil d'État : procédure novatrice ou simple gadget ? », R.F.D.A. 2009, p. 890 à 894

GONOD Pascale, « Le Conseil d'État, conseil du parlement », R.F.D.A 2008, p.871

GONOD Pascale, « Le Conseil d'État à la croisée des chemins ? », A.J.D.A. 2008, p. 630

GOUDROU Jean, « L'avis du Conseil d'État sur une question de droit », in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, ed. Dalloz, 2004, p. 189 à 217

HOEPPFNER Hélène, « Les avis du Conseil d'État : bilan de synthèse », R.F.D.A., 2009, p. 895 à 909

JÉGOUZO Yves, « A propos de la fonction consultative du Conseil d'État », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp 505 à 518

JOUANJAN Olivier, « La Constitution », in *Traité de droit administratif*, tome 1, sous la direction de GONOD Pascale, MELLERAY Fabrice, YOLKA Philippe, 2011, Dalloz, p. 384 à 412

JULIEN-LAFERIERRE François, « Procédure administrative contentieuse et procès équitable », in *Liber amicorum Darcy*, 2002, ed. Bruylant, p. 449 à 467

DE KERSAUSON Quirec, BARDET Tanguy, « Tempête sur les avis ? », J.C.P. A., 2015, n° 8, act. 174 et ss.

LABETOULLE Daniel, « Sur la double fonction du Conseil d'État », R.J.E.P, nov. 2009, p. 10 et s.

LATOURNERIE Roger, « Qu'est-ce-que le Conseil d'État ? », R.A., 1960, p. 585 à 587

LE BOT Olivier, « QPC : le dualisme fonctionnel du Conseil d'État validé ... par le Conseil d'État », L.P.A., 2010, n°149 p. 11 et ss.

LONG Marceau, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », R.F.D.A 1992, p. 787 à 794

MANDON Thierry, « Penser et voter la loi », J.C.P. E., 2015, n°14, p. 12 et 13

MASSOT Jean, « La fonction consultative du Conseil d'État », R.A., 2000, n° spécial 3, p. 21 à 28

PASQUIER Martial, « Introduction » in PASQUIER Martial (dir), *Le principe de transparence en Suisse et dans le monde*, ed. Presses polytechniques et universitaires romandes, 2013, p. xi à xiv.

- PLANTEY Alain, « Le rôle du Conseil d'État dans la confection de la loi », in DRAGO Rolland (dir.), *La confection de la loi*, ed. PUF, coll. Cahiers des sciences morales et politiques, 2001, p. 55 à 58
- PONTIER Jean-Marie, « Une nouvelle source d'interrogations et de réflexions à propos de la juridiction administrative : la diffusion de sa production », in LEGER Jacques et PONTIER Jean-Marie (dir.), *Juridiction administrative : diffusion de sa production*, ed. PUAM, 2011, p. 15 à 79
- QUESTIAUX Nicolas, « Do the opinions expressed by the Conseil d'État in its capacity as legal adviser to the Government influence policy ? », I.C.L.Q. 2000, 49(3), p. 672-679
- RENAUDIE Olivier, « La communication du juge administratif à l'égard du grand public », in *Les figures du juge administratif*, 2015, p. 124 à 136
- ROUGEVIN-BAVILLE Michel, Conclusions sous CE, Ass., 8 février 1974, Commune de Montory et a., R.F.D.A, 1974, p. 1511
- ROUX Michel « La fonction consultative du Conseil d'État », R.A., n° spécial 6, 1999, p. 16 à 22
- SAGALOVITSCH Éric, « De l'équité des procès des actes pris après avis du Conseil d'État », A.J.D.A 2015, p. 2129 à 2134
- SIMONIAN-GINESTE Hélène, « Nouveau regard sur l'avis consultatif », R.D.P. 1999, p. 1121
- SAUVÉ Jean-Marc, « Exposé de synthèse », in MATHIEU Bertrand et VERPAUX Michel (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État*, p. 125 à 137
- SAUVÉ Jean-Marc, « Penser et voter la loi », J.C.P. E., 2015, n°14, p. 10 à 11
- SAUVÉ Jean-Marc, « Transparence, valeurs de l'action publique et intérêt général », in *Culture du secret et contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ?*, Colloque à l'Assemblée Nationale du 5 juillet 2011 organisé par Transparence International France, <http://www.conseil-etat.fr/Media/CDE/Francais/discours-transparence-international> [consulté en ligne le 1^{er} juin 2016], 7 p.
- SEILLER Bertrand, « Charles Eisenmann et l'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux », R.D.P., 2016, p. 413 et s.
- VON BARDELEBEN Émilie, « Illustration du droit mou : les avis de la Cour de cassation, une concurrence à la loi ? », in CLAUDEL E. et THULLIER B., *Le droit mou : une concurrence faite à la loi ?*, Travaux du CEDACE, 2004, <http://www.glose.org/CEDCACE2.pdf> [consulté en ligne le 1^{er} juin 2016]
- WRIGHT Vincent, « L'affaire de l'archevêque d'Aix devant le Conseil d'État en 1879 », *Revue d'histoire de l'Église de France*, 1972, p. 259 à 289

5. Documentation officielle

BLANC Etienne, Rapport n°2095 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi de M. Jean-Luc Warsmann (n°1890), de simplification et d'amélioration de la qualité de la loi, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r2095-tl.pdf>, (consulté en ligne le 5 mai 2016), 483 p.

COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA V^e RÉPUBLIQUE, *Une V^e République plus démocratique*, disponible à : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000697.pdf> (consulté en ligne le 5 mai 2016)

CONSEIL D'ÉTAT, Etude annuelle, *Le droit souple*, La documentation française, 2013, 297 p.

CONSEIL D'ÉTAT BELGE, Vade-mecum sur la procédure d'avis devant la section de la législation, 2016, <http://www.raadvst-consetat.be/?action=doc&doc=1010>, consulté en ligne le 14 juin 2016, 39 p.

DEFLESSELLES Bernard, Rapport n° 3446 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale, de la république sur la proposition de loi (n°3232) de M. Bernard Deflesselles visant à permettre aux services départementaux d'incendie et de secours d'obtenir le remboursement des frais d'opération de secours auprès de l'incendiaire, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r3446.pdf> (consulté en ligne le 6 mai 2016), 33 p.

GOURAULT Jacqueline, Rapport n° 338 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générales sur proposition de loi de M. Eric Doligé de simplification des normes applicables aux collectivités territoriales, <http://www.senat.fr/rap/111-338/111-3381.pdf> (consulté en ligne le 6 mai 2016), 141 p.

HOLLANDE François, Discours à l'occasion des vœux aux Corps constitués et aux bureaux des Assemblées, prononcé le 20 janvier 2015, <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-a-l-occasion-des-v-ux-aux-corps-constitues-et-aux-bureaux-des-assemblees/> (consulté en ligne le 16 décembre 2015)

HOLLANDE François, Discours du Président de la République devant le Parlement réuni en Congrès, prononcé le 16 novembre 2015, <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours->

[du-president-de-la-republique-devant-le-parlement-reuni-en-congres-3/](#) (consulté en ligne le 31 mai 2016)

LEGIFRANCE, *Guide de légistique*, disponible à <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique/> (consulté en ligne le 17 décembre 2015)

MOREL-A-L'HUISSIER Pierre, Rapport n°3331 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale, de la république sur la proposition de loi (n°2977) de M. Pierre Morel-A-L'Huissier, relative à l'engagement des sapeurs-pompiers volontaires et à son cadre juridique, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r3331.asp>, (consulté en ligne le 6 mai 2016)

SAUVÉ Jean-Marc, « Conseiller les pouvoirs publics : le rôle consultatif du Conseil d'Etat de France », Discours prononcé le lundi 2 mars 2015, Faculté de droit de l'université de Ljubjana, http://www.conseil-etat.fr/content/download/40402/349957/version/2/file/2015-02-03%20role%20consultatif%20du%20Conseil%20d%20etat_Slovenie.pdf (consulté en ligne le 16 décembre 2015)

SAUVÉ Jean-Marc, « Vœux du vice-président aux membres et agents du Conseil d'État », Discours prononcé le 18 janvier 2016 à la Conciergerie de Paris, <http://www.conseil-etat.fr/content/download/54284/480080/version/1/file/2016-01-18%20V%C5%93ux%20du%20Conseil%20d%20Etat%202016.pdf> (consulté en ligne le 6 avril 2016)

SAUVÉ Jean-Marc, Intervention lors de la visite du Premier ministre au Conseil d'État, 6 juin 2016, <http://www.conseil-etat.fr/content/download/62763/563388/version/2/file/2016-06-06%20Visite%20du%20Premier%20ministre%20au%20Conseil%20dEtat.pdf>

VALADE Jacques, Rapport n° 219, fait au nom de la commission des Affaires culturelles sur le projet de loi, encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, 2004, 97 p.

WARSMANN Jean Luc, Rapport n°1602 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation, de l'administration générale de la république sur la proposition de loi, après engagement de la procédure accélérée, de M. Bernard Accoyer tendant à modifier l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires (n° 1545), <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rapports/r1602.pdf> (consulté en ligne le 6 mai 2016), 43 pages.

TABLE DES ARRÊTS, DÉCISIONS CONTENTIEUSES ET AVIS

a) Arrêts du Conseil d'État :

- CE, 5 juillet 1857, *Ville de Moulins*, Leb. p. 577
- CE, 22 février 1895, *Ministre de l'intérieur c/ Ville de St-Quentin*, Leb. p.173, concl. Romieu
- CE, 24 décembre 1926, *Sieur Brassaud et a.*, n° 88.837, Rec. 1926 p. 1152
- CE, 20 janvier 1950, n° 82.028, *Sieur Calvy*, Leb., p. 49
- CE, Sect., 25 janvier 1957, *Kejnde Serigne*, Leb. 1957, p. 63
- CE, 15 février 1961, *Alfred-Joseph*, n° 45.572, Leb., p. 114
- CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal*, n° 58502
- CE, Sect., 29 avril 1964, *Sieur Dufourniaux*, n° 52.112, Leb. 1964 p. 261
- CE, Ass., 9 juin 1978, *S.C.I 61-67 Bd Arago*, n°02403, Leb. p. 237
- CE, 16 novembre 1979 *Syndicat national de l'éducation physique de l'enseignement public*, n° 08.738, Leb. p. 416
- CE, 9 mars 1983, *Ass. SOS Défense*, n° 45736
- CE, 17 mai 1991, *Quintin*, n°100436
- CE, Sect., 27 avril 1994, *Époux Allamigeon et époux Pageaux*, n° 147203 et 149545
- CE, Sect., 6 juillet 1994, *Comité mosellan de la sauvegarde de l'enfance, de l'adolescence et des adultes*, n° 110494, Leb. p. 343
- CE, 4^e et 1^{ère} S.S.R., 2 novembre 1992, *Kherouaa*, n° 130394
- CE, Sect, 5 avril 1996, *Syndicat des avocats de France*, Leb., p. 118
- CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndcat national de l'environnement CFDT et a.*, n° 177248, 177320, 177387
- CE, 10^e et 7e S.S.R., 24 février 1999, *Meyet*, n° 188154
- CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Métal et a.*, n° 195715
- CE, 1^{ère} et 2^{ème} S.S.R., 7 juillet 2000, *Clinique chirurgicale du Coudon*, n° 199324
- CE, 7^e et 5^e S.S.R, 29 avril 2002, *M. Ullmann*, n° 228830
- CE, 10e et 9e S.S.R, 27 février 2006, *Association Alcaly et a.*, n° 257688
- CE, Sect., 11 juillet 2007, *Union syndicale des magistrats administratifs, Ligue des droits de l'homme et a.*, n° 302040 et 302147
- CE, Sect, 13 juillet 2007, *Société d'éditions Tissot*, n° 294195
- CE, Ass., 3 novembre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931
- CE, 24 juillet 2009, *Comité de recherche et d'information indépendante sur le génie génétique*, n° 305314 et 305315

CE, Sect., 28 décembre 2009, *Syndicat de la magistrature*, n° 312314
CE, 1^{ère} et 6^{ème} S.S.R., 16 avril 2010, *ALCALY*, n° 320667
CE, 9^{ème} et 10^{ème} S.S.R., 23 décembre 2010, *Mutuelle centrale des finances*, n° 310775
CE, Sect., 23 décembre 2011, *Danthy et a.*, n° 335477
CE, 4^e et 5^e S.S.R., 3 février 2012, *Syndicat professionnel dentistes solidaires et indépendant*, n° 354068
CE, 1^{ère} et 6^{ème} S.S.R., 17 juillet 2013, *Syndicat National des professionnels de santé au travail*, n° 358109, note LE BOT Olivier « Défaut de consultation du Conseil d'État : un moyen d'ordre public », J.C.P. A. 2013, p. 2372
CE, 7^e et 2^e S.S.R., 5 octobre 2015, *Comité d'entreprise du siège de l'Ifremer et autres*, note N. HAVAS, n° 387899 et 388524, A.J.D.A. 2016, p. 496
CE, 2^e et 7^e S.S.R., 25 novembre 2015, *Société Gibmedia*, n° 388432, Leb. p. 408
CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et a.*, n° 368082, 368083, 368084,
CE, 10^e et 9^e S.S.R., 30 mars 2016, *Association France nature environnement*, n° 383546

b) Décisions du Conseil constitutionnel :

CC, 20 février 1970, *Nature juridique de diverses dispositions relatives à l'urbanisme*, n° 73-76L
CC, 30 juillet 1982, *Blocage des prix*, n° 82-143 DC
CC, 28 décembre 1990, *Loi de finance pour 1991*, n° 90-285 DC
CC, 7 juillet 1994, *Loi relative aux modalités de l'exercice par l'État de ses pouvoirs de contrôle en mer*, n° 94-342DC
CC, 2 février 1995, *Loi relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative*, n°95-360 DC
CC, 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, n° 2002-461 DC
CC, 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers généraux et des représentants du parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, n° 2003-468 DC
CC, 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programmation pour l'avenir de l'école*, n° 2005-512 DC
CC, 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, n° 2006-544 DC
CC, 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information*, n° 2006-540DC
CC, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, n° 2008-564 DC
CC, 10 juin 2009, *Loi HADOPI I*, n° 2009-580 DC

CC, 11 juin 2015, *Résolution réformant les méthodes de travail du Sénat dans le respect du pluralisme, du droit d'amendement et de la spécificité sénatoriale, pour un Sénat plus présent, plus moderne et plus efficace*, n° 2015-712 DC

CC, 17 décembre 2015, *Loi organique portant dématérialisation du Journal officiel de la République française*, n° 2015-724 DC

c) Arrêts du Tribunal des conflits

TC, 20 mars 1943, *Sté Béthunoise éclairage et énergie*, Leb. 1943, p. 322

TC, 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau c/ INAPORT et a.*, n° C3828-3829

d) Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme :

CEDH, 28 septembre 1995, *Procola c/ Luxembourg*, req. n° 14570/89

CEDH, 6 mai 2003, *Kleyn c/ Pays-Bas*, req. n° 39343/98

CEDH, 9 novembre 2006, *Sacilor Lormines c/ France*, n° 65411/01

e) Arrêts de la Cour de cassation

Cass., 30 pluviôse an XII

Cass., Civ., 19 octobre 1808, *Chaudurié*, note Journal du Palais présentant la jurisprudence de la Cour de Cassation et des cours royales, sur l'application de tous les codes français aux applications douteuses et difficiles, tome IX, 1808, p. 619

Cass., Crim., 27 novembre 1963, n° 63-92.583

Cass., Crim., 14 novembre 1973, *Emidoff et Lamour*, n°72-91.157

Cass., Sociale, 4 octobre 1978, *Dame Marion*, n°77-12.425

Cass, Crim., 2 juillet 1980, n°80-91.062

Cass., Crim., 26 avril 1988, n° 84-94.354

Cass, Crim., 3 mai 1995, n° 95-807.25

Cass., Sociale, 25 février 1997, *Jestin*, n° 93-43.720

Cass, Crim. 12 février 2002, *Fédération Nationale des infirmiers*, n° 01-84.765

Cass, Crim., 30 novembre 2005, *Société commerciale d'eaux minérales du bassin de Vichy*, n° 04-82.511

Cass, Civ 2^e, 5 juin 2008, *Mme Zaganjor c/ CPAM de Versailles*, n° 07-16.175

6. Avis consultatifs du Conseil d'Etat

CE, Avis, 4 nivôse an VIII, cité par Bernard Pacteau (V. P (de la Gironde), « Que la nouvelle constitution a fait périr les lois anciennes inconciliables avec elle », D. 1999, p 705

CE, Ass., Avis, 1^{er} octobre 1962, *Référendum du 28 octobre 1962*

CE, Ass, Avis, 17 mars 1969, *Référendum du 27 avril 1969*

CE, Fin, Avis, 20 juin 1969, n° 301.554

CE, Fin., Avis, 13 novembre 1969, *Demande d'avis sur la question de savoir si les maîtres exerçant leurs fonctions dans des établissements d'enseignement privés ayant conclu avec l'Etat un contrat d'association à l'enseignement public peuvent être admis à se présenter aux concours privés prévus à l'article 19 alinéa 1 de l'ordonnance du 4 février 1959*, n° 303011

CE, T.P., Avis, 8 décembre 1988, *Avis sur les conséquences de l'illégalité d'un P.O.S*, n° 344158

CE, Ass. G., Avis, 27 novembre 1989, *Avis relatif à la laïcité et l'enseignement*, n° 346.893

CE, Ass. G., Avis, 30 janvier 1997, *Avis sur questions du ministre de la fonction publique*, n° 359.964.

CE, Soc., Avis, 10 février 1999, *Demande d'avis relative à l'interprétation des articles L. 372, L. 474 et L. 483 du code de la santé publique*, n° 363.222

CE, Soc., Avis, 22 novembre 2005 *Demande d'avis relative à l'application des dispositions du décret n°2002-1555 du 24 décembre 2002*, n° 372.440

CE, Soc., Avis, 15 mars 2011, *Projet de décret relatif à la régulation des dépenses de médicaments et de la liste des produits et prestations résultant de prescriptions médicales effectuées dans les établissements de santé et remboursés sur l'enveloppe des soins de ville*, n° 385.064

CE, Ass. G., Avis, 7 avril 2011, *Avis sur la proposition de loi relative à l'engagement des sapeurs-pompiers volontaires*

CE, Ass. G., Avis, 28 avril 2011, *Avis sur la proposition de loi visant à permettre aux services départementaux d'incendie et de secours d'obtenir le remboursement des frais d'opérations de secours auprès de l'incendiaire*

CE, Ass. G., Avis, 12 mars 2015, *Avis sur un projet de loi relatif au renseignement*, n°389.754

CE, Ass. G., Avis, 2 avril 2015, *Projet de loi organique relatif à la consultation sur l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté*, n° 389.785

CE, Adm., Avis, 11 juin 2015, *Avis sur une lettre rectificative au projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, n° 390.136

CE, Fin., Avis, 29 juin 2015, n° 390096, *Application de l'article 67 de la loi de finance pour 2015*

CE, Ass. G., Avis, 2 juillet 2015, *Avis sur un projet de loi relatif à la liberté de création, à l'architecture et au patrimoine*, n° 390.121

CE, Ass. G., Avis, 3 juillet 2014, Avis, *Projet de loi prévoyant l'expulsion des étrangers séjournant ou transitent fréquemment en France*, n°388.885

CE, T.P., Avis, 7 juillet 2015, *Avis sur un projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des risques*, n° 390.154

CE, Ass. G., Avis, 30 juillet 2015, *Avis sur le projet de loi constitutionnel autorisant la ratification de la charte des langues régionales ou minoritaires*, n° 390.268, Note BONNET Baptiste, « La Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, Une menace pour le pace social français ? », A.J.D.A, 2015, p. 2246 et ss.

CE, Ass. G., Avis, 11 décembre 2015, *Avis sur le projet de loi constitutionnel de protection de la Nation*, n° 390.966

CE, T.P., Soc., 16 décembre 2015, *Projet de décret codifiant la partie réglementaire du code de l'énergie*, n° 390308

CE, Ass, Avis, 17 mars 2016, *Projet de loi visant à instituer de nouvelles libertés et de nouvelles protections pour les entreprises et les actifs (ETSX1604461L), conseil des ministres du 24 mars 2016*

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	9
INTRODUCTION.....	13
TITRE 1. UNE DIFFUSION PARTIELLE DES AVIS CONSULTATIFS DU CONSEIL D'ÉTAT	25
CHAPITRE 1. LE MAINTIEN DU SECRET DES AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT	25
<i>Section 1. La mission consultative du Conseil d'État, fondement du secret des avis.....</i>	<i>25</i>
§1. Le Conseil d'État, conseiller des pouvoirs publics.....	26
A) La mission de conseil du gouvernement : première mission du Conseil d'État	26
B) De nouveaux acteurs, de nouvelles missions : le Conseil d'État, conseiller des pouvoirs publics	33
§2. Un avis qui échappe au Conseil d'État.....	35
A) La participation du destinataire de l'avis à son élaboration	36
B) Un avis appartenant à son destinataire	39
<i>Section 2. La consécration législative du principe du secret des avis consultatifs.....</i>	<i>41</i>
§1. Une pratique traditionnelle d'absence de diffusion des avis	42
A) Les avis sur les projets et propositions de loi.....	42
B) Les autres avis.....	44
§2. Le secret des avis consacré par le législateur	46
A) Un principe d'absence de communicabilité des avis consacré	46
B) La réaffirmation du caractère secret des avis du Conseil d'État	48
CHAPITRE 2. LE DEVELOPPEMENT PROGRESSIF DE LA DIFFUSION DES AVIS	51
<i>Section 1. Un périmètre de diffusion circonscrit</i>	<i>51</i>
§1. Une diffusion des avis limitée.....	52
A) Une diffusion généralisée de certains avis	52
B) Une diffusion d'avis exceptionnelle.....	54
§2. Des modalités de diffusion variées	58
A) Des canaux de diffusion multiples	58
B) Une procédure de diffusion échappant au Conseil d'État	62
<i>Section 2. La transparence, justification de la diffusion des avis.....</i>	<i>64</i>
§1. Une diffusion des avis s'inscrivant dans le mouvement de transparence de l'action administrative	65
A) La transparence : un principe transversal du droit public.....	65
B) La diffusion des avis du Conseil d'État : une participation au principe de transparence de l'action administrative	67
§2. L'existence de notions concurrentes à la transparence	68
A) Les limites inhérentes à la transparence	69
B) Des principes concurrents justifiant la diffusion des avis	70
TITRE 2. DES CONSEQUENCES MULTIPLES DE LA DIFFUSION DES AVIS CONSULTATIFS DU CONSEIL D'ÉTAT ...	75
CHAPITRE 1. DES IMPACTS LIMITES SUR LES AVIS CONSULTATIFS DU CONSEIL D'ÉTAT	75
<i>Section 1. Un changement notable de la fonction des avis</i>	<i>76</i>
§1. Une nouvelle forme des avis, plus explicite et pédagogique.....	76

A) Le développement du recours à la note, garant d'une meilleure compréhension des avis	77
B) Une modification limitée du contenu de l'avis	79
§2. Une nouvelle fonction des avis : éclairer le débat public	80
A) Une diffusion des avis permettant la prise en compte accrue de l'expertise du Conseil d'État	81
B) Une diffusion de l'avis faisant courir un risque de politisation des avis	83
<i>Section 2. Le maintien de la nature des avis consultatifs</i>	<i>87</i>
§1. L'absence de force juridique des avis consultatifs diffusés	87
A) Le lien naturel entre publication et force juridique	88
B) L'absence d'effets juridiques de la diffusion des avis du Conseil d'État	91
§2. L'absence d'impact de la diffusion sur l'appréhension contentieuse des avis du Conseil d'État	93
A) La sanction non modifiée du détournement ou de l'absence d'avis obligatoire	94
B) Une diffusion n'impactant pas l'exercice de ce contrôle	96
CHAPITRE 2. DES IMPACTS SIGNIFICATIFS SUR LE CONSEIL D'ÉTAT	99
<i>Section 1. Un impact important sur la fonction contentieuse du Conseil d'État</i>	<i>99</i>
§ 1. La question de l'impartialité réactualisée.....	100
A) Un risque d'impartialité ranimé vis-à-vis des règles internes	100
B) Un dualisme fonctionnel compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme	104
§2. Le procès administratif portant sur des textes examinés en formation consultative transformé.....	106
A) L'égalité des armes améliorée	107
B) Une position du gouvernement affaiblie	108
<i>Section 2. Une relation avec les autres juridictions consolidée</i>	<i>110</i>
§1. Le renforcement des liens entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel en raison de la diffusion des avis	110
A) Des liens entre les Conseils traditionnellement étroits	111
B) Une diffusion des avis renforçant l'influence mutuelle des deux Conseils.....	112
§2. Une prise en compte renforcée des avis par les juges ordinaires	115
A) Une diffusion des avis influençant leur réception par les juges administratifs inférieurs	116
B) Un certain renouveau des relations entre Conseil d'État et juge judiciaire.....	117
CONCLUSION.....	123
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE	127
TABLE DES ARRETS, DECISIONS CONTENTIEUSES ET AVIS.....	135
TABLE DES MATIERES	141

Collection des mémoires de l'Equipe de droit public de Lyon

- **N° 1 Culte, culture et domanialité publique – L'organisation de concerts dans les églises**
Elise Untermaier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 2 L'adoption : un défi potentiel pour une Union européenne en mutation**
Amélie Demange, Mémoire pour le DEA de droit communautaire, sous la direction de Cyril Nourissat, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.
- **N° 3 L'octroi de Lyon, 5 fructidor an VIII – 28 avril 1816 – Les péripéties du rétablissement d'un impôt local supprimé par la Révolution**
Agathe Leclerc, Mémoire pour le Master 2 Droit public Recherche mention Finances publiques et sociales, sous la direction de Catherine Fillon, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2006.
- **N° 4 Occupations d'églises et droit public**
Maëlle Perrier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 5 La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**
Jean-François Kerléo, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Thierry Debard, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 6 Contribution à la définition des compétences intercommunales - Etude des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre du département du Rhône**
Thomas Billet, Mémoire pour le Master 2 Recherche finances publiques et fiscalité, sous la direction de Jean-Luc Albert, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.
- **N° 7 L'insaisissabilité des biens des personnes publiques : vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?**
Christophe Roux, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2008.
- **N° 8 Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus pour la Communauté européenne - Ambitions et réalité**
Loïc Robert, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Christine Ferrari-Breeur, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 9 La protection du ciel nocturne - Le droit de l'environnement et la pollution lumineuse**
Adeline Meynier, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.
- **N° 10 La protection de la biodiversité à Lyon**
Mélanie Dajoux, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.

- **N° 11 Protection et gouvernance de l'eau dans le bassin versant de la Drôme**
Julia Gudefin, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 12 La collégialité et les juridictions administratives à compétence générale**
Yvan Herzig, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 13 La liberté d'aller et venir à l'épreuve du domaine public naturel**
Fanny Tarlet, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 14 Forêt et droit international - Les aspects juridiques de la protection internationale des forêts**
Antoine Chatenet, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Stéphane Doumbé-Billé, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.
- **N° 15 Le contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du Président de la République**
Christophe Testard, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.
- **N° 16 La réglementation des semences et la protection de la biodiversité**
Léonie Lombardo, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Philippe Billet, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.
- **N° 17 Les études d'impact des projets de lois : premier bilan de la réforme**
Géraldine FAURE, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.
- **N° 18 Les cessions de biens publics immobiliers**
Aurélien BARBATO, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Caroline Chamard-Heim, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.
- **N° 19 Les règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en sociétés anonymes. Conséquences juridiques de la privatisation statutaire des entreprises publiques.**
Lucien Breteau, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2013.
- **N° 20 Les contrats entre personnes publiques.**
Hugo Devillers, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Bertrand Dacosta, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2013.
- **N° 21 La légitimation du système français de justice constitutionnelle.**
Aïda Manouguian, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Stéphane Caporal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2014.

- **N° 22 Intérêts publics et intérêts privés en droit administratif français.**
Elise Fraysse, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2014.
- **N° 23 Le régime juridique de l'intérêt général.**
Emilie Barbin, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Caroline Chamard-Heim, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2014.
- **N° 24 Michel Troper : Miroir de Hans Kelsen.**
Marie Debard. Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de David Mongoin, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2015.