

Conférence 2011-2012 – 3^e discours

Nicolas Kilgus

Un citoyen, usager des services publics et parlementaire, peut-il exercer un recours pour excès de pouvoir contre le refus du Premier Ministre de prendre un décret d'application de la loi ?

Peu importe la chaleur ou la peste, les soldats sont méthodiques : ruelle après ruelle, maison après maison, le petit bourg de Seillé est désormais totalement détroussé. Il ne reste alors que l'abbaye, intacte, car trop bien protégée. Qu'à cela ne tienne, l'armée décide de s'attaquer au clos du monastère.

Depuis la fenêtre de sa cellule, frère Jean des Entommeures découvre l'horreur du spectacle : l'ennemi vendange sa vigne, coupe ceps et raisins. Adieu cinq fruits et légumes par jour, adieu surtout le vin pour l'année à venir. Que diable boirons-nous, s'écrit le moine. Les mécréants s'en prennent au sang du Christ ! Voilà les mois de travail de toute une communauté bientôt anéantis.

Rejoignant le chœur avec hâte, interrompant par ses cris indignés le service divin, il demande au prieur d'intervenir au plus vite, d'appeler les frères à la lutte. L'autorité répondra par la négative, estimant que le rôle d'une assemblée monastique doit demeurer la prière, non le combat. Du fait même de leur statut, les religieux ne peuvent avoir qualité à agir quant à la défense du monastère.

Monsieur le Président, Madame, Messieurs les Secrétaires, Mesdames, Messieurs, si Jean des Entommeures a depuis rejoint les classiques de la littérature rabelaisienne, c'est pourtant d'un cri similaire au sien dont votre juridiction est aujourd'hui saisie.

Le clerc cède sa place au sénateur, condamné à voir l'œuvre commune de son assemblée réduite à l'inutilité. Autres temps, autres mœurs, l'amour du vin a simplement été remplacé par la confiance en l'économie numérique et la fureur de l'envahisseur par l'inaction d'un Premier ministre. En effet, suite à l'adoption de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, et plus précisément de ses articles 6, 18, 22, 28 et 55, étaient nécessaires l'adoption de divers décrets d'application. Nonobstant les demandes répétées du requérant, le chef du gouvernement conserva le silence, paralysant l'application du texte.

Et le procédé est malheureusement courant, puisque depuis 2007, plus de 250 lois sont demeurés ainsi lettre morte, faute de dispositions réglementaires. Comme le dénonçait déjà le 17 février 2011 un autre frère du Palais du Luxembourg : « *Vous aurez beau dire et beau faire, il existe un droit exorbitant de tout gouvernement à ne pas appliquer la loi. Vous le savez très bien, il suffit à un gouvernement de s'abstenir de publier les textes d'application pour que la loi ne s'applique pas [...] lorsque le gouvernement ne publie pas les décrets, nous n'avons aucune capacité de l'y contraindre* ».

Tel le prier de Seuillé, vous voilà donc interpellé par l'indignation de Jean-Louis Masson. Comme lui, il va falloir vous interroger quant à la qualité à agir du requérant : *un citoyen, usager des services publics et parlementaire, peut-il exercer un recours pour excès de pouvoir contre le refus du Premier Ministre de prendre un décret d'application de la loi ?*

Si la question n'est certes pas nouvelle, vous avez toujours su, par le passé, l'esquiver. Aujourd'hui, vous ne le pouvez plus : le cri qui retentit est désormais trop puissant, il est allé trop loin. Un cri dans la nuit d'abord ; un écho dans l'hémicycle ensuite.

I. Un cri dans la nuit

« *L'examen des décisions des juridictions administratives fait apparaître que certains administrés sont des requérants acharnés* ». Albert Bertin, 111 recours ; Alain Meyet, 63 ; Jacques Bidalou, 50 ; ... et la liste est longue de ses fidèles du Palais-Royal, « *requérants d'habitude* » selon la terminologie retenue par Fabrice Lemaire. Afin d'éviter que le concert des voix indignées ne conduise à l'inaudible chahut, la nécessité d'un acte faisant grief est rappelée. Aussi

généreuses que soient traditionnellement les décisions en la matière, vos arrêts s'imposent un silence strict s'agissant des parlementaires. La générosité comme vertu d'une part ; Le silence comme discipline d'autre part.

A. La générosité comme vertu

Le recours pour excès de pouvoir n'est pas l'action populaire du droit romain. Si d'aucuns rêvent peut-être d'entrer un jour au Panthéon du GAJA, sans considération d'ailleurs du malheur de ces milliers d'étudiants dont la mémoire arrive à saturation, la jurisprudence est ferme : l'acte doit faire grief au requérant.

Par delà la question de son illégalité, acquise depuis qu'un arrêt *Dame Veuve Renard* de 1964 est venu préciser que le pouvoir réglementaire est non seulement tenu d'assurer l'exécution des lois, mais aussi de le faire dans un délai raisonnable, le sénateur Masson devra démontrer son intérêt direct et personnel à en obtenir l'annulation.

Et en ce domaine, l'équilibre doit être subtil : entendre la condition trop strictement conduit à paralyser l'accès au juge, confortant l'administration dans son illégalité ; entendez la trop largement et voilà déjà nos juridictions assiégée par ces hordes de plaideurs compulsifs, purs produits des travers d'une société contentieuse.

Sans prétendre résumer toute la richesse d'une jurisprudence aussi subtile que fournie, et toujours très dépendante des circonstances de l'espèce, le prétoire du magistrat de l'excès de pouvoir demeure toutefois grandement ouvert. Ainsi, par exemple, un hôtelier a intérêt à demander l'annulation d'un décret fixant les dates des vacances scolaires, ou bien un chroniqueur judiciaire celle d'une décision réduisant la publicité des audiences.

Encore plus généreux sera d'accorder à un riverain le droit de s'opposer à la délivrance d'un permis de construire portant sur un terrain situé à plus de 800 mètres de son domicile. « *L'enfer, c'est les autres* » affirmait Sartre en 1943, « *même lorsqu'ils désirent habiter à près d'un kilomètre* », répondez-vous le 15 mai 2005.

Malgré ces considérations, il demeure néanmoins un pas que vous vous refusez de franchir : la générosité ne signifie pas pour autant une autorisation systématique. Selon les termes de l'arrêt *Gicquel* du 10 février 1950, l'intérêt à agir devra toujours s'inscrire « *dans un cadre limité* ». Partant, l'appartenance à certaines catégories de requérants ne peut, en tant que telle, suffire à fonder ledit intérêt. Ainsi en est-il des citoyens, des contribuables de l'Etat ou encore des usagers du service public, sauf bien évidemment si l'acte litigieux concerne ledit service. En tout état de cause, ceux-ci appartiennent à des cercles d'intérêts trop vastes puisqu'atteignant les dimensions de la communauté nationale. Ni la citoyenneté de Jean-Louis Masson, ni son usage des services publics ne sauraient en l'espèce suffire à justifier son intérêt à agir s'agissant de l'application d'une loi pour la confiance en l'économie numérique.

Demeure alors, seule, sa qualité de parlementaire. Et à ce propos votre juridiction semble avoir fait vœu de silence.

B. Le silence comme discipline

« *Le parlementaire frappe depuis plusieurs décennies à la porte de votre prétoire ; il ne sait toujours pas si elle lui est ouverte ou fermée* », rappelait Rémy Keller dans ses conclusions sur l'affaire *Fédération nationale de la libre pensée*. Déjà saisi près d'une dizaine de fois de cette problématique, le Conseil d'Etat a, étonnamment, presque toujours su l'esquiver.

Seules deux décisions déniaient expressément l'intérêt à agir des membres du Parlement, mais les faits de l'espèce ne permettent pas d'en déduire une quelconque solution. Pour le rapporteur public de l'arrêt précité, suivi en ce sens par la doctrine, les actes à l'époque contestés étaient à l'évidence trop éloignés de l'intérêt évoqué, s'agissant de la nomination du président de la commission de la concurrence ou encore d'une délégation de signature d'un ministre.

Dans toutes les autres hypothèses, le silence s'impose strictement. Voilà donc nos politiciens aguerris recevant de votre juridiction une magistrale leçon quant à l'art subtil de ne pas répondre aux questions posées. En somme, l'arroseur arrosé.

Pour ce faire, deux techniques vont prévaloir, efficaces : l'évitement et le contournement de la difficulté. Dans le premier cas, l'attitude consiste à statuer directement sur le fond sans même examiner la recevabilité de la requête. Dans le second, presque plus subtil, le parlementaire se voit certes reconnaître un intérêt à agir, mais sur la base d'une autre qualité, souvent largement répandue : François Bayrou devient alors actionnaire d'une société d'autoroutes, Madame Cohen-Seat téléspectatrice et Monsieur Migaud consommateur de produits pétroliers. Peu importe l'élu de la Nation, le représentant des citoyens, du moment qu'il continue à regarder la télévision ou bien achète du carburant pour son automobile.

Le 9 juillet 2010, l'espoir renaît cependant. Une nouvelle offensive est lancée contre les murailles de votre indifférence. 57 sénateurs et 14 députés vous saisissent, en leur seule qualité de parlementaires, contestant un décret publiant un accord entre la France et le Saint-Siège. L'atteinte aux droits du Parlement est immédiate puisque la ratification dudit accord aurait dû être autorisée par une loi. Les conclusions de Monsieur Keller, quoique classiques sur le fond, sont solennelles : *« nous croyons que la considération que l'on doit à la fonction parlementaire doit vous conduire à renoncer aux subterfuges et à dire clairement ce qu'il en est »*. A nouveau, l'assaut cependant est repoussé : votre juridiction rejette le recours au fond, *« sans qu'il soit besoin de se prononcer sur sa recevabilité »*, employant donc la seconde méthode de l'évitement. A nouveau, le cri semble étouffé.

Pourtant, cette fois-ci, le silence ne saurait être total. Au loin, gronde le bruit sourd d'une assemblée légiférant. Il vous parvient un écho que vous ne pouvez ignorer.

II. Un écho dans l'hémicycle

Voir une sénatrice se présenter au secrétariat du contentieux, faisant des quittances de ses redevances audiovisuelles la clé d'accès à votre prétoire, peut très certainement amuser le non-juriste. Ce serait sans doute oublier trop rapidement que, sous ses dehors parfois techniques, la problématique de l'intérêt à agir des parlementaires soulève une question essentielle, celle de la séparation des pouvoirs. Ouvrir ou fermer la porte à laquelle frappe Monsieur Masson, lui permettre ou non de porter l'intérêt de tous, risque de déstabiliser

les rapports entre les institutions. Depuis le 17 février 2011, nous verrons cependant que le Parlement lui-même a tranché la question : votre réponse ne peut plus alors faire de doute. En premier lieu, un pour tous, en second, tous contre un.

A. Un pour tous

« *Selon notre règle de Saint Benoît, le moine n'est jamais seul mais vit en communauté* », aurait pu rappeler le supérieur de frère Jean. Quand bien même les débats en hémicycle laissent parfois dubitatifs quant à la fraternité unissant les membres d'une même assemblée, surtout lorsque les invectives, parfois fleurie ou chargées de considérations ornithologiques, fusent des rangs opposés, ainsi en est-il également des parlementaires. Selon Didier Casas, « *représentant de la Nation tout entière, ils ne peuvent s'attribuer l'exercice de la souveraineté parce qu'ils sont partie d'un tout dont on ne peut rien distraire ; ils ne peuvent s'attribuer la mission de défendre les droits du Parlement* ». Permettre à un membre du pouvoir législatif de contester, au moyen d'un recours pour excès de pouvoir un acte adopté par l'exécutif, revient sinon à faire trancher par le juge un conflit entre organes constitutionnels.

Or, le Parlement n'a pas vocation à agir sur le terrain judiciaire pour défendre ses droits, mais uniquement sur le terrain politique, et ce par les moyens qui lui sont reconnus, tant par la Constitution que par les règlements des assemblées. Reconnaître à ses membres, es qualité, un intérêt à l'action fausserait l'équilibre de la séparation des pouvoirs et ferait du contentieux administratif une arme nouvelle à l'encontre du Gouvernement.

Votre juridiction en subirait pour sa part les dommages collatéraux puisque cette seule qualité est bien trop large et conduirait à « *créer, par voie jurisprudentielle, une sorte d'action ouverte à tous, par l'intermédiaire de ses élus* », soit à consacrer une forme d'action populaire pouvant viser toute décision émanant d'une autorité compétente.

Le désarmement paraît d'ailleurs autant plus justifié que le Premier ministre lui même, dans une circulaire du 29 février 2008 expliquait que cette tâche (prendre les décrets d'application) « *répondait à une triple exigence de démocratie, de sécurité juridique et de responsabilité politique* ». Néanmoins, tel un Marcel Proust à *La recherche du temps perdu*, nos gouvernants

cèdent aussi parfois à leur procrastination, remettant de jour en jour, de mois en mois, d'année en année, l'accomplissement de certains désirs.

L'inaction coupable doit appeler une sanction efficace. Au nom justement de l'équilibre des pouvoirs, certains évoquent alors ces droits du Parlement. Dès lors que le gouvernement entend rendre inapplicable une loi, ses artisans possèdent un intérêt à agir : le contrôle politique et le contrôle judiciaire deviennent deux modalités d'exercice complémentaires, et non concurrentes, de la fonction parlementaire. De plus, la solution offrirait une certaine cohérence au regard de la jurisprudence actuelle, les parlementaires ayant le droit d'agir sans être obligés de prouver qu'ils sont abonnés au gaz.

Et pourtant, si une telle coercition pourrait peut-être sembler souhaitable, voilà que déjà l'occasion vous échappe. Parce que la séparation et l'équilibre des pouvoirs s'imposent à votre juridiction, depuis le 17 février 2011, votre réponse est désormais certaine.

B. Tous contre un

Le 17 février 2011, sous le dôme du Palais du Luxembourg, 339 sénateurs s'appêtent à voter une proposition de loi déposée le 23 décembre précédent. Celle-ci prétend se situer dans la lignée de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, rééquilibrant les pouvoirs en faveur du Parlement. Elle vise ainsi à reconnaître une présomption d'intérêt à agir aux membres de l'Assemblée Nationale et du Sénat en matière de recours pour excès de pouvoir. L'avis du Gouvernement y est naturellement défavorable. Celui de la commission des lois, au terme d'un rapport déposé le 2 février, plus nuancé.

Sans aller jusqu'à reconnaître un intérêt à agir absolu aux parlementaires, et cela pour les raisons susmentionnées, le rapporteur propose une solution médiane. Une telle présomption n'existerait que dans trois hypothèses : lorsqu'une mesure réglementaire serait contraire à une disposition législative ; lorsqu'une mesure réglementaire édicterait une disposition relevant du domaine de la loi et enfin lorsque le Premier ministre refuserait de prendre, dans un délai raisonnable, les mesures réglementaires d'application d'une disposition législative. Dans toutes ces situations, l'exécutif empiète en effet sur les

prérogatives du Parlement, soit qu'il se substitue au législateur, soit qu'il en paralyse l'œuvre.

Le 17 février 2011, par 181 suffrages contre 158, le Sénat rejette cependant la proposition, muselant définitivement votre juridiction à ce propos.

* * * *

Face au refus du prier, Jean des Entommeures désobéit, part seul au combat et sauve la vendange. Si plus tard, il fondera, à Thélème, la première abbaye mixte, n'admettant en religion que les femmes les mieux formées et les hommes les plus vigoureux, votre jurisprudence ne saurait quant à elle l'imiter. En étouffant le cri du sénateur Masson, vous respecterez l'équilibre voulu par la Nation au lendemain de la Révolution. Dès lors que le Sénat dénie à ses membres le droit de saisir, en tant que tels, le magistrat de l'excès de pouvoir, le débat doit être clos. Vous ne pouvez user de votre jurisprudence pour offrir au Parlement ce qu'il se refuse lui-même. Vous ne le devez pas. **Nous concluons donc au rejet.**