

N°s 428134, 429442

M. W... et autres

N° 429132

Conseil national de l'ordre des architectes

2^e et 7^e chambres réunies

Séance du 10 juin 2020

Lecture du 1^{er} juillet 2020

CONCLUSIONS

M. Guillaume Odinet, rapporteur public

L'article 50 du traité sur l'Union européenne, issu du traité de Lisbonne, permet à tout État membre de l'Union de s'en retirer. Selon le paragraphe 2 de cet article, il appartient à l'État intéressé de notifier son intention au Conseil européen, ce que le Royaume-Uni a fait le 29 mars 2017. L'Union négocie alors avec cet État un accord fixant les modalités de son retrait. Et, en vertu du paragraphe 3 de l'article, les traités cessent d'être applicables à l'État concerné à partir de la date d'entrée en vigueur de l'accord de retrait ou, à défaut, deux ans après la notification, sauf si le Conseil européen, en accord avec l'État sortant, décide à l'unanimité de proroger ce délai.

En application de ces stipulations, la sortie effective du Royaume-Uni devait initialement intervenir le 29 mars 2019, sauf stipulation contraire de l'accord de retrait. Le 19 décembre 2018, compte tenu de l'état des négociations de l'accord de retrait, la Commission a, dans une communication, invité les États membres à accélérer leurs préparatifs concernant l'ensemble des scénarios envisageables pour la sortie du Royaume-Uni, notamment en garantissant aux citoyens britanniques un traitement plus favorable que celui des ressortissants de pays tiers.

Dans ce contexte a été adoptée la loi du 19 janvier 2019 habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures de préparation au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne¹.

Cette loi habilite le Gouvernement, en son article 1^{er}, à prendre par ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi pour tirer les conséquences d'un retrait du Royaume-Uni de l'Union sans accord conclu sur le fondement de l'article 50, notamment quant au droit d'entrée et de séjour en France des ressortissants britanniques, quant à l'exercice, par ces ressortissants, d'activités professionnelles en France et quant aux conditions dans lesquelles ils bénéficient des droits sociaux.

¹ N° 2019-30.

En son article 3, la loi autorise par ailleurs le Gouvernement à prendre par ordonnances les mesures relevant du domaine de la loi rendues nécessaires par le retrait du Royaume-Uni – indépendamment de la question de la conclusion ou non d'un accord – pour prévoir le régime procédural simplifié et temporaire applicable aux travaux en vue de la construction ou de l'aménagement en urgence de locaux, installations ou infrastructures portuaires, ferroviaires, aéroportuaires et routiers requis par le rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni.

1. Sur le fondement de l'article 1^{er}, le Gouvernement a notamment adopté l'ordonnance du 6 février 2019 portant diverses mesures relatives à l'entrée, au séjour, aux droits sociaux et à l'activité professionnelle, applicables en cas d'absence d'accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne². Comme son long titre l'indique, cette ordonnance définit des règles relatives au séjour et aux droits sociaux des ressortissants britanniques résidant en France à la date du retrait, des règles relatives à l'exercice d'une activité professionnelle en France par des ressortissants britanniques et des règles relatives à la détermination en France des droits sociaux des personnes ayant réalisé des périodes d'assurance ou d'emploi au Royaume-Uni. L'article 21 de l'ordonnance précise que celle-ci « entre en vigueur à la date du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne sans accord fondé sur l'article 50³ ».

Pour l'application de cette ordonnance a été adopté un décret du 2 avril 2019⁴ ; son article 13 précise, lui aussi, que les dispositions du décret « entrent en vigueur à la date du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne sans accord fondé sur l'article 50 ».

Vous n'ignorez probablement pas que cet événement, dont il était ainsi prévu qu'il déclencherait l'entrée en vigueur de l'ordonnance et du décret, ne s'est pas produit. Après trois reports décidés par le Conseil européen avec l'accord du Royaume-Uni, conformément à l'article 50, paragraphe 3, l'Union et le Royaume-Uni ont conclu le 24 janvier 2020 un accord fixant les modalités de retrait de cet État, qui est entré en vigueur à la date de ce retrait, le 1^{er} février dernier.

Nous pensons que vous devez, en conséquence, constater qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les recours de M. W... et autres, qui vous demandent d'annuler l'ordonnance, non ratifiée, et le décret.

1.1. Cela suppose néanmoins que vous soyez compétents pour statuer sur leur recours en tant qu'il est dirigé contre l'ordonnance, ce qui était évident jusqu'à une date récente, en raison de la nature d'acte administratif de l'ordonnance non ratifiée (Section, 3 novembre 1961, Damiani, Rec. p. 607 ; Assemblée, 24 novembre 1961, Fédération nationale des syndicats de police, Rec. p. 658 ; et, pour un rappel, 8 décembre 2000, H... et autres, n^{os} 199072 e. a., Rec. p. 585), mais qui peut paraître remis en cause par une récente décision du Conseil

² N° 2019-76.

³ L'article vise l'article 50 du TFUE et non l'article 50 du TUE, mais il s'agit d'une simple erreur de plume.

⁴ N° 2019-264.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

constitutionnel (Cons. const., 28 mai 2020, n° 2020-843 QPC), qui qualifie de législatives⁵ les dispositions d'une ordonnance non ratifiée relevant de la loi une fois passé le terme de l'habilitation, au motif que le Gouvernement ne peut alors plus les modifier – et indépendamment, donc, du sort du projet de loi de ratification, qui se trouve ainsi, en dépit de la modification de l'article 38 de la Constitution par la révision du 23 juillet 2008, privé d'objet.

Si elle interroge assurément le sort de QPC dirigées contre des dispositions d'une ordonnance non ratifiée⁶, cette décision ne nous paraît cependant pas directement et nécessairement remettre en cause le principe de l'ouverture du recours pour excès de pouvoir contre les ordonnances non ratifiées, même après expiration du délai d'habilitation. En effet, en l'absence de recours direct contre l'ordonnance devant le Conseil constitutionnel sur le fondement de l'article 61 de la Constitution – du moins en l'état du texte de la Constitution et de la jurisprudence constitutionnelle, qui ne s'en est, sur ce point, pas affranchie – il nous semble que vous ne pouvez déduire de la décision du Conseil constitutionnel – ni, *a fortiori*, vous regarder comme tenus de le faire sur le fondement de l'article 62 de la Constitution – qu'une ordonnance, dont l'enveloppe, quelle que soit la nature de son contenu, demeure administrative, ne peut plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Car la décision du Conseil n'exclut pas, par elle-même, tout recours par voie d'action contre l'ordonnance (lequel permet, au demeurant, un contrôle plus étendu que celui du respect des droits et libertés garantis par la Constitution) ; la possibilité de faire une QPC contre telle ou telle disposition d'une ordonnance applicable à un litige pourrait en effet s'articuler avec celle de former, dans le délai de recours, un recours pour excès de pouvoir contre l'ordonnance elle-même, dans le cadre duquel la QPC ne serait pas utile⁷.

Si la jurisprudence sur ces actes hybrides devra certainement être réordonnée, il nous paraîtrait ainsi hâtif et excessif de déduire dès aujourd'hui de cette unique décision – qui, du reste, ne se prononçait pas directement sur une QPC dirigée contre une ordonnance – qu'une ordonnance ne peut pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, ou ne le peut plus au-delà du délai d'habilitation⁸.

Nous vous invitons donc, en l'état instable de la jurisprudence constitutionnelle, à continuer d'admettre votre compétence pour connaître du recours en annulation dirigé contre une ordonnance.

⁵ Au-delà du point de savoir si elles doivent être considérées comme « loi » au sens de l'article 7 de la Charte, seule question qui était posée au Conseil constitutionnel.

⁶ Que la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation exclut du champ de l'article 61-1 (v. not. Cons. const., 10 février 2012, n° 2011-219 QPC ; Cons. const., 5 juillet 2013, n° 2013-331 QPC ; CE, 11 mars 2011, X..., n° 341658, Rec. ; CE, 15 février 2016, C..., n° 392083, T. ; Cass. Crim., 8 janvier 2013, n° 12-86.537 ; Cass. Crim., 7 août 2013, n° 13-90016).

⁷ L'appréciation de la constitutionnalité de l'ordonnance serait alors dupliquée, devant le Conseil d'Etat immédiatement après son adoption, devant le Conseil constitutionnel ensuite, mais un tel redoublement existe d'ores et déjà aujourd'hui avant et après la ratification de l'ordonnance, de sorte que seules les conditions de basculement d'un juge de la constitutionnalité de l'acte à l'autre se trouveraient modifiées.

⁸ Faudrait-il alors vérifier qu'une nouvelle habilitation n'est pas intervenue qui permet au Gouvernement de modifier l'ordonnance ?

1.2. Cela vous donnera la chance de pouvoir constater un non-lieu à statuer, non seulement sur les conclusions dirigées contre le décret, mais aussi sur les conclusions dirigées contre l'ordonnance.

De manière générale, vous jugez en effet que la disparition définitive de l'acte qui est l'objet même du litige d'excès de pouvoir conduit à ce qu'il n'y ait plus lieu de statuer sur ce litige : l'intervention du juge est insusceptible d'avoir une quelconque utilité. Eu égard au caractère rétroactif de l'annulation, lorsqu'est contesté un acte positif – c'est-à-dire un acte qui n'est pas un refus – le recours tendant à son annulation n'est privé d'objet qu'à condition que cet acte puisse être regardé comme ayant définitivement disparu aussi bien pour l'avenir que pour le passé. L'hypothèse la plus classique est celle du retrait, rétroactif, de l'acte, une fois ce retrait devenu définitif (v. Section, 13 juillet 1961, Consorts Bec, Rec. p. 485 ; 19 avril 2000, B..., n° 207469, Rec. p. 157) : l'acte n'a plus aucune existence, ni dans le passé, ni pour l'avenir.

Vous ne vous en tenez cependant pas seulement à cette hypothèse de disparition juridique : il faut et il suffit que vous puissiez constater l'inapplication de l'acte dans le passé et l'inapplicabilité de l'acte pour l'avenir pour en déduire que son annulation demeurerait sans effet juridique et donc que le recours qui tend à cette fin est privé d'objet. Vous constatez ainsi un non-lieu lorsque l'acte a été abrogé et qu'il n'avait, avant de l'être, reçu aucune application (v. Assemblée, 12 décembre 1953, Union nationale des associations familiales, Rec. p. 545 ; 6 mai 1985, Commune du Pellerin, n° 16722, T. pp. 661-735⁹). Il en va de même lorsque l'exécution de l'acte avait été suspendue par une ordonnance de référé et qu'il est abrogé au cours de l'instance de fond (v. 4 décembre 2013, Association France Nature Environnement et autres, n°s 357839 e. a., T. pp. 401-710-764-777-786). Et l'abrogation n'est même pas une condition indispensable : vous jugez ainsi que la péremption d'une autorisation n'ayant reçu aucune exécution prive d'objet le litige tendant à son annulation (v. 19 décembre 1999, Association Bien vivre au Mesnil, n° 172976, T. pp. 959-1080)¹⁰ ; de façon analogue, la caducité d'une ordonnance (faute de dépôt d'un projet de loi de ratification) qui n'a reçu aucun commencement d'exécution prive d'objet le recours tendant à son annulation (v. 2 avril 2003, Conseil régional de la Guadeloupe, n° 246748, Rec. p. 162).

Le raisonnement nous paraît parfaitement transposable à l'hypothèse dans laquelle la condition d'entrée en vigueur d'un acte ne s'est pas réalisée et ne peut plus se réaliser. Car dans cette hypothèse, comme dans celles que nous venons de vous présenter, l'acte n'a reçu aucune application – n'étant jamais entré en vigueur – et n'est plus susceptible d'en recevoir aucune – ne pouvant plus entrer en vigueur. En somme, il n'a jamais affecté l'ordonnancement juridique et ne l'affectera jamais, si bien qu'il est comme déjà annulé et que votre intervention n'a donc pas d'utilité.

⁹ V. aussi, *a contrario*, 11 janvier 1993, Fraisse et autres, n°s 77907 e. a., T. p. 962

¹⁰ V. aussi, s'agissant d'un arrêté de préemption insusceptible de recevoir exécution en raison de l'annulation de la procédure d'adjudication du bien et de la vente par le juge judiciaire, 1^{er} avril 2010, Commune de Salbris, n° 328294, T. pp. 912-1015

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Les requérants objectent néanmoins que l'ordonnance et le décret sont encore susceptibles d'entrer en vigueur en indiquant qu'ils entendent introduire, devant la Cour de justice, un recours contre l'accord du 24 janvier 2020.

Mais, à supposer même que la Cour de justice soit compétente pour connaître d'un tel recours, et à supposer même que les intéressés soient recevables à le former – suppositions qui demandent un certain degré d'imagination – il nous semble que l'éventualité de ce recours n'est pas de nature à remettre en cause la disparition de l'objet des litiges. Car même si un tel recours conduisait à remettre en cause rétroactivement l'accord du 24 janvier, nous croyons que cette circonstance ne serait pas de nature à réaliser la condition à laquelle l'entrée en vigueur de l'ordonnance et du décret était subordonnée : l'annulation de l'accord ne provoquerait pas, par elle-même, l'entrée en vigueur immédiate et automatique de ces deux actes. Telles que leurs dispositions d'entrée en vigueur étaient rédigées, ils n'étaient en effet susceptibles d'entrer en vigueur que si le retrait du Royaume-Uni devenait effectif sans qu'aucun accord ne soit conclu, et non en cas de remise en cause ultérieure de cet accord – qu'elle soit juridictionnelle ou qu'elle résulte d'un nouvel accord des parties. En d'autres termes, l'ordonnance et le décret ont lié leur entrée en vigueur à un événement ponctuel et unique – le retrait du Royaume-Uni sans accord – qui est définitivement écarté et que la fiction juridique d'une remise en cause rétroactive de l'accord ne peut pas venir réaliser : l'existence d'une date du retrait sans accord supposait que le retrait se fit, dès le départ, sans accord ; l'ordonnance n'a jamais envisagé sa potentielle entrée en vigueur rétroactive.

Si l'accord venait à être remis en cause rétroactivement, interviendrait un nouveau fait générateur, qu'il appartiendrait certainement à la Cour de justice de définir et qui supposerait tout aussi certainement une nouvelle intervention du législateur national. Tout cela étant, rappelons-le, très largement fictionnel.

Les deux recours de M. W... et autres nous paraissent donc bien définitivement privés d'objet.

2. Il n'en va pas de même, en revanche, du recours du Conseil national de l'ordre des architectes, qui est dirigé contre le I de l'article 2 d'une ordonnance du 23 janvier 2019¹¹, qui n'a pas non plus été ratifiée – et que vous nous paraissez toujours compétents pour connaître, pour les raisons que nous vous avons expliquées.

Cette disposition a été adoptée sur le fondement de l'habilitation donnée par l'article 3 de la loi du 19 janvier 2019, indépendamment, donc, de la conclusion d'un accord de retrait. Elle prévoit que « Les constructions, installations et aménagements directement liés au rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni en raison du retrait de cet État de l'Union européenne constituent des réalisations dispensées de toute formalité au titre du code de l'urbanisme

¹¹ Ordonnance n° 2019-36 du 23 janvier 2019 portant diverses adaptations et dérogations temporaires nécessaires à la réalisation en urgence des travaux requis par le rétablissement des contrôles à la frontière avec le Royaume-Uni en raison du retrait de cet État de l'Union européenne.

comme relevant du b de l'article L. 421-5 de ce code et sont soumis au régime applicable à celles-ci ».

Rappelons que le b de l'article L. 421-5 du code de l'urbanisme prévoit que peuvent être dispensés de toute formalité au titre de ce code les constructions, aménagements, installations et travaux listés par décrets en Conseil d'État qui ne sont maintenus en place que pour une faible durée ou qui présentent un caractère temporaire compte tenu de l'usage auxquels ils sont destinés.

La disposition contestée de l'ordonnance du 19 janvier 2019 étend donc cette exception aux constructions, installations et aménagements qui sont directement liés au rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni. Elle précise que la durée d'implantation de ces ouvrages ne peut être supérieure à deux ans, la remise en état des sites étant réalisée dans les six mois suivant la fin de leur utilisation ou la période de deux ans, sauf à ce que leur implantation pérenne soit autorisée dans les conditions de droit commun.

Cette dérogation ayant notamment pour effet de dispenser les maîtres d'ouvrage de l'obligation, rappelée à l'article L. 431-1 du code de l'urbanisme, de recourir à un architecte, le Conseil national de l'ordre des architectes justifie d'un intérêt à demander l'annulation de la disposition qui l'institue¹².

2.1. Le premier moyen qu'il soulève, tiré de ce que cette disposition diffère à la fois du projet initial du Gouvernement et du texte adopté par le Conseil d'État, manque en fait.

2.2. Il soutient ensuite que le I de l'article 2 de l'ordonnance ne pouvait être légalement adopté en vertu de l'habilitation conférée par le législateur au Gouvernement. Cette habilitation, prévue par l'article 3 de la loi du 19 janvier 2019, encadre doublement le champ des mesures de nature législative qu'elle autorise le Gouvernement à édicter. Elle prévoit, d'une part, qu'il s'agit de prévoir un « régime procédural simplifié et temporaire » ; elle indique, d'autre part, que ce régime doit s'appliquer « aux travaux en vue de la construction ou de l'aménagement en urgence de locaux, installations ou infrastructures portuaires, ferroviaires, aéroportuaires et routiers requis par le rétablissement des contrôles des marchandises et des passagers à destination ou en provenance du Royaume-Uni ».

Le second alinéa du I de l'article 3 complète ce cadre. Il précise que les ordonnances pourront rendre applicables aux opérations concernées qui sont directement liées à l'organisation des contrôles « des adaptations ou des dérogations, y compris en matière (...) d'urbanisme (...), afin de les adapter à l'urgence de ces opérations ».

Vous l'aurez compris, ce second alinéa visait assez directement le contenu de la disposition aujourd'hui contestée.

¹² V. art. 26 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

Vous écarterez donc sans difficulté la première branche du moyen, qui soutient que cette disposition méconnaît le champ de l'habilitation en ce qu'elle prévoit une inapplication pure et simple des formalités résultant du code de l'urbanisme, et non pas seulement une simplification de ces formalités, seule autorisée par l'article 3. Le second alinéa de cet article mentionne expressément, en effet, la possibilité de déroger aux règles d'urbanisme ; et, en mentionnant « adaptations ou dérogations », il vise, par construction, des dérogations pures et simples, puisque des dérogations partielles ne sont jamais que des adaptations.

Cette lettre claire nous paraît exclure tout examen des travaux parlementaires, dans lesquels, au demeurant, vous ne liriez nullement, avec la requête, l'intention que soit maintenu un socle minimal de formalités au titre du code de l'urbanisme.

La seconde branche du moyen ne vous retiendra pas beaucoup plus longtemps. Elle se prévaut des termes du second alinéa de l'article 3, qui prévoit la possibilité de rendre applicables des dérogations afin d'adapter les règles à l'urgence des opérations directement liées à l'organisation des contrôles. La requête fait valoir que les dérogations prévues par l'ordonnance auraient dû, en conséquence, être limitées aux seuls travaux devant être entrepris en urgence.

La loi d'habilitation, cependant, ne nous paraît pas exiger que les dérogations qu'elle autorise soient réservées aux projets dont l'urgence aura été mesurée, au trébuchet, sur la base d'une analyse au cas par cas. Elle se borne à exiger que les allègements procéduraux – adaptations ou dérogations – soient définis en fonction de l'urgence des travaux concernés. Or tel est bien ce que fait l'ordonnance, d'une double façon : en limitant, d'une part, les dérogations aux travaux directement liés au rétablissement des contrôles, lequel présentait assurément un caractère d'urgence ; en ne permettant, d'autre part, ces dérogations que pour l'édification d'ouvrages temporaires, c'est-à-dire en ne traitant que du court terme, les ouvrages définitifs demeurant soumis aux règles de droit commun.

Vous écarterez donc le moyen.

2.3. Enfin, la requête soutient que la disposition est entachée d'erreur manifeste d'appréciation en ce que, plutôt que de prévoir une procédure simplifiée au titre du code de l'urbanisme, elle excepte les ouvrages qu'elle vise de toute formalité et incite ainsi les maîtres d'ouvrage à ne pas recourir à des architectes.

Mais, sans méconnaître l'expression culturelle qu'est l'architecture ni les intérêts publics à la réalisation desquels elle concourt, il nous semble que, dans le contexte d'urgence dans lequel il était placé, le Gouvernement pouvait légalement décider, pour un champ particulièrement limité d'ouvrages, dont l'ampleur est mesurée et qui ne peuvent être que temporaires, de déroger aux règles régissant les autorisations d'urbanisme, jusques et y compris l'obligation de recourir à un architecte. Nous ne voyons pas là d'erreur si grossière et évidente qu'elle entacherait son choix d'illégalité.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Par ces motifs nous concluons à ce que vous constatiez qu'il n'y a plus lieu de statuer sur les requêtes de M. W... et autres, au rejet des conclusions que ces derniers présentent au titre des frais de procédure et au rejet de la requête du Conseil national de l'ordre des architectes.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.