



HAL
open science

”L’indisponible souplesse des compétences”

Christophe Testard

► **To cite this version:**

Christophe Testard. ”L’indisponible souplesse des compétences”. *Actualité juridique Droit administratif*, 2020, n° 38, p. 2177. hal-03003477

HAL Id: hal-03003477

<https://uca.hal.science/hal-03003477>

Submitted on 27 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'indisponible souplesse des compétences

Il n'est plus à démontrer que le droit public repose tout entier sur la compétence et l'habilitation à agir des autorités chargées du pouvoir normatif (AFDA, *La compétence*, LexisNexis, 2008). La facilité d'énonciation d'une telle proposition ne saurait cependant masquer l'équilibre délicat et complexe qui s'est noué, depuis des décennies, entre la norme et la compétence. À l'époque d'une responsabilité pétrifiante (A. Jacquemet-Gauché, *AJDA*, 2020, p. 913), et même si la tentation est grande, le temps n'est pas pour les autorités publiques d'abandonner leur compétence, sous couvert d'une extension des contrôles juridictionnels. Ce serait faire peser un risque sur cet édifice, ce dont deux affaires récentes laissent déjà présager.

Dans une décision du 21 septembre 2020 (n° 428683), le Conseil d'État jugeait, à propos du pouvoir d'un ministre de préciser les critères d'attribution de l'indemnité de départ volontaire (D. n° 2008-368, 17 avr. 2008) applicables à son administration, qu'une autorité administrative peut adopter des lignes directrices même dans un domaine où elle dispose du pouvoir réglementaire. Si l'on savait les ministres habilités à exercer, sur leur administration, un pouvoir réglementaire (CE, sect., 7 fév. 1936, *Jamart*), la jurisprudence *Cortes Ortiz* du Conseil d'État (sect., 4 fév. 2015, n° 383267) semblait reconnaître l'intervention des lignes directrices dans les seules hypothèses où l'autorité compétente « *ne dispose pas en la matière* » d'un tel pouvoir. L'utilité de ces actes de droit souple se justifie bien entendu dans une volonté de laisser davantage d'autonomie aux échelons déconcentrés. Mais peut-elle se substituer sans crainte à l'exercice par les ministres de leur pouvoir réglementaire ? La liberté de choix ainsi laissée aux autorités administratives n'inquiète pas seulement sur le plan, théorique, de la compétence – négative ? – mais aussi, et surtout, sur le contrôle juridictionnel nécessairement amoindri qui en résulte.

Une semaine plus tard, dans une décision du 28 septembre 2020 (n° 441049), le Conseil d'État s'inscrivait dans les traces encore fraîches du Conseil constitutionnel (3 juil. 2020, n° 2020-851/852 QPC) en jugeant que des dispositions relevant du législateur mais contenues dans une ordonnance peuvent être contestées dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, dès lors que le délai de l'habilitation aurait expiré et ce même en l'absence de ratification. La compétence du Parlement est cette fois-ci en jeu, dans la mesure où l'alinéa 2 de l'article 38 de la Constitution rend caduques les ordonnances dont le projet de loi de ratification n'aurait pas été déposé avant la date fixée par l'habilitation, ajoutant que cette ratification ne saurait être qu'expresse. Certes, l'alinéa 3 prévoit que les dispositions de l'ordonnance ne peuvent plus être modifiées que par une loi une fois le délai de l'habilitation expiré, mais il ne vaut, en toute logique, que si la ratification expresse a eu lieu. Les conséquences du point de vue des compétences sont tout aussi importantes, si ce n'est plus, que la décision précédente : d'une part, le Parlement se trouve privé de sa compétence, même s'il peut toujours modifier, *a posteriori*, les dispositions en cause ; d'autre part, le contrôle de dispositions initialement réglementaires est renvoyé, s'agissant de l'atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, au seul Conseil constitutionnel, au détriment du juge administratif.

La lecture croisée de ces décisions, dont on aurait tort de penser qu'elles sont éloignées, met en exergue la tentation qui peut exister de croire qu'un contrôle juridictionnel, quel qu'il soit,

suffirait à se prémunir de tous les abus. Or, il ne saurait être qu'une garantie « secondaire », aussi essentielle soit-elle, à charge pour les pouvoirs normatifs de se souvenir que leur légitimité démocratique tient à leur habilitation à agir et qu'il leur appartient d'exercer pleinement leur(s) compétence(s).

Christophe Testard

Professeur des universités

Université Clermont Auvergne (CMH – EA 4232)