**Commentaire d’arrêt : CE, 16 avril 2010, Association Alcaly.**

L’association des Alternatives Au Contournement Autoroutier de Lyon (ALCALY) est défavorable à la construction de l’autoroute lyonnais et souhaite alors faire annuler le décret du 16 juillet 2008 déclarant « d’utilité publique les travaux de construction de l’autoroute A45 ». Pour cela, une requête est déposée au secrétariat du contentieux du Conseil d’Etat les 15 septembre et 10 décembre 2008. C’est suite à cette requête que l’association, soutenue par d’autres, ont souhaité engager une procédure de question prioritaire de constitutionnalité suite à des questions concernant le droit à un procès équitable devant la Haute juridiction administrative. En effet, en l’espèce, le décret contesté avait été soumis au Conseil d’Etat au titre de ses fonctions administrative et pour lequel il avait donné un avis favorable.

En l’occurrence, le Conseil d’Etat est soumis à des questions sur son propre statut à deux niveaux. Il s’agit notamment de s’interroger sur l’arbitraire de cette juridiction quant aux questions prioritaires de constitutionnalité. La question étant soumise uniquement si la disposition est « applicable au litige ou à la procédure », si elle n’a pas « déjà été déclarée conforme à la Constitution » et si elle est « nouvelle ou présente un caractère sérieux », le Conseil d’Etat écarte alors cette QPC, invoquant que la question n’est pas « nouvelle et ne présente pas de caractère sérieux ». Sur quelle décision se base alors le Conseil pour déroger à une question propre à son statut ?

De plus, chaque membre du Conseil d’Etat appartient à la fois à la section administrative rendant des avis et à la section contentieuse qui juge de litiges. La question se pose alors de savoir si cette double appartenance peut aller de pair avec une impartialité de la justice administrative et si tel est le cas, dans quelles circonstances.

Dans cet arrêt du 16 avril 2010, le Conseil d’Etat estime que la double appartenance aux sections contentieuses et administratives ne porte pas atteinte aux droits et libertés garanties par la Constitution et ne méconnaissent pas le droit à un procès équitable reconnu à l’art 16 de la déclaration des droits de l’homme et du citoyen.

S’il semble étonnant que cette Question prioritaire de constitutionnalité soit non admise (I), cela semble s’expliquer par les tentatives du Conseil d’Etat lui-même d’éviter le transfert au Conseil constitutionnel, ce dernier étant saisi en contestation de son propre statut (II)

1. **Une question prioritaire de constitutionnalité étonnamment non admise.**

Le refus de renvoi devant le Conseil constitutionnel semble étonnant car la procédure de question prioritaire de constitutionnalité étant récente, il est intéressant de prouver l’efficacité de la procédure (A). Cependant, le Conseil d’Etat semble justifier cette décision par l’absence de caractère sérieux et nouveau de la question (B)

1. Un contexte novateur de la question prioritaire de constitutionnalité

Lors de l’arrêt commenté, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est relativement récent : en effet, s’il est introduit dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, elle n’entre en vigueur que le 1er mars 2010, soit seulement un mois avant la présente décision. Cette nouvelle démarche, inscrite dans la Constitution en son art 61-1, contrôle la constitutionnalité des actes a posteriori. Pour ce faire, il existe un système de double filtre de ces questions : elles sont d’abord posées au juge du fond qui décide alors du sérieux de la question : si la question semble sérieuse, la question est transférée à la juridiction suprême de l’ordre : Cour de Cassation ou Conseil d’Etat (c’est le cas en l’espèce) qui à son tour décidera ou non de transférer la question au Conseil constitutionnel si trois conditions sont réunies, reprise par le présent arrêt : la question doit être applicable au présent litige ou à la procédure, ne pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution suite à une décision du Conseil constitutionnel et doit être nouvelle et présenter un caractère sérieux.

Dans le contexte novateur de cette procédure, cette dernière est critiquée, de peur que le double filtre ne fasse « bouchons » (J-L Debré) et empêche les questions d’arriver au Conseil constitutionnel. Nonobstant, le Conseil n’hésite cependant pas à ne pas renvoyer la question devant le Conseil constitutionnel, ce qu’il explique par le fait qu’il n’existe pas de caractère nouveau et sérieux à cette question, affirmation étonnante alors qu’aucune question prioritaire de constitutionnalité n’a encore été posée concernant l’équitabilité d’un procès dont la juridiction est la même que celle ayant donné un avis favorable à l’acte contesté.

1. Un caractère sérieux et nouveau inexistant pour le Conseil d’Etat

Cette absence de caractère nouveau et sérieux semble être abordée notamment dans le but d’éviter au Conseil d’Etat qu’une question sur sa propre compétence soit transférée devant le Conseil constitutionnel. Si cela semble contestable, il n’existe cependant pas, en date de cet arrêt et même aujourd’hui, de moyen de détourner la Cour de cassation ou le Conseil d’Etat, leur laissant alors la possibilité d’esquiver ces questions.

Afin de justifier ce refus de transférer la question prioritaire de constitutionnalité en reconnaissant que le procès est équitable, la Haute juridiction se fonde notamment sur la Constitution. Il se fonde en effet sur les articles 37, 38, 39 et 61-1 de la Constitution, articles reconnaissant dans le texte suprême la double fonction du Conseil d’Etat, à savoir administrative et de jugement

Or, ces dispositions constitutionnelles n’en rendent pas moins la question prioritaire de constitutionnalité nouvelle et sérieuse. Pour déroger à cette question sur son propre statut, le Conseil d’Etat semble alors implicitement invoquer le droit européen, mais semble également vouloir prendre le pouvoir d’appréciation de la question prioritaire de constitutionnalité reconnu au Conseil constitutionnel.

1. **Les tentatives de dérogation du Conseil d’Etat sur une question propre à statut**

Si le Conseil d’Etat semble esquiver la question prioritaire de constitutionnalité par une théorie semblable à l’acte claire en droit communautaire (A), il semble également justifier ce rejet en s’appuyant sur la jurisprudence européenne (B)

1. L’invention d’une « théorie de l’acte clair »

La présente décision est fondée par les associations requérantes sur le fondement principal de l’art 16 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, duquel découle d’autre articles tels que l’art L112-1 du code de justice administrative reconnaissant aux justiciables le droit à un procès équitable. En effet, il parait complexe d’affirmer qu’une juridiction donne en sa formation administrative un avis favorable à un décret pour ensuite le contester dans sa formation contentieuse. Cependant, le Conseil d’Etat trouve un moyen d’écarter cet argument : en se fondant sur la Constitution, le Conseil d’Etat semble balayer le moyen en reconnaissant, en quelque sorte, une « théorie de la Constitution claire » (Agnès Roblot-Troizier, *Le non renvoi des QPC par le Conseil d’Etat*): cette logique du Conseil d’Etat tend en effet à se rapprocher de la théorie de l’acte clair en droit communautaire (aucune question préjudicielle n’est alors à poser si l’acte est clair). Mais, alors qu’en l’espèce, la question prioritaire de constitutionnalité a pour but de laisser le Conseil constitutionnel interpréter, le Conseil d’Etat en appliquant cette théorie s’accapare alors de son rôle : il faut en effet interpréter les articles mentionnés de la Constitution pour y voir une reconnaissance de la double appartenance des membres du Conseil d’Etat. Or, si la Constitution reconnait au Conseil d’Etat sa compétence double (administrative et contentieuse), elle ne donne cependant pas explicitement la capacité aux membres du Conseil d’Etat d’être membres des deux sections conjointement.

Il aurait été intéressant que cette question de double appartenance aux sections administrative et contentieuse des membres du Conseil d’Etat soit traitée par le Conseil constitutionnel qui aurait alors peut-être donné valeur constitutionnelle à ce principe.

Néanmoins, le Conseil d’Etat semble entendre se fonder sur un droit international : celui de la convention de sauvegarde des droits de l’homme.

1. Une application du droit européen pour déroger au Conseil constitutionnel

Si la décision du Conseil d’Etat semble étonnante, c’est peut-être parce-que ce dernier ne se réfère pas à la question d’un procès équitable suite à la double appartenance des membres jugée en droit national mais en droit européen. En effet, si le Conseil constitutionnel n’a jamais affirmé que la double appartenance était constitutionnelle, elle a été affirmée sous certaines conditions par la convention de sauvegarde des droits de l’homme. Ces conditions sont évoquées dans deux arrêts : alors que le premier (CEDH, 1995, Procola c/ Luxembourg) conteste le caractère équitable d’un procès lorsque les juges de la section contentieuse sont les mêmes que ceux ayant rendus un avis en section administrative, elle admet cependant que le caractère équitable est préservé lorsque les juges affectés au contentieux n’ont pas eu à se manifester en section administrative sur le même sujet (CEDH, 2006, société Sacilor-Lormines c/ France).

Le Conseil d’Etat a alors justifié sa décision par une jurisprudence internationale et si cela peut sembler contestable, il n’existe cependant aucun moyen de contredire sa décision. Il serait alors intéressant d’instaurer un système de dérogation, de saisine directe du Conseil constitutionnel lorsque lors d’une première décision rejetant la question prioritaire de constitutionnalité, le juge (du fond ou du Conseil d’Etat) semble avoir fait preuve de partialité.