

## 1.3.3. Différentes catégories de décrets

On distingue trois catégories de décrets réglementaires : les décrets simples, les décrets en Conseil d'Etat et les décrets en conseil des ministres, étant précisé que ces derniers peuvent également être des décrets en Conseil d'Etat (voir fiches 2.4). Les décrets en conseil des ministres sont des décrets du Président de la République, tandis que les autres décrets relèvent de la compétence de droit commun du Premier ministre en application de l'article 21 de la Constitution (CE, Ass., 27 avril 1962, Sicard et autres, Rec. p. 279).

### Les décrets en conseil des ministres

En vertu de l'article 13 de la Constitution, les décrets délibérés en conseil des ministres sont signés par le Président de la République. Ils sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables (voir fiche 3.9.1). Ils comportent, dans les visas, la mention : « **Le conseil des ministres entendu**, ».

Un décret doit être délibéré en conseil des ministres dès lors qu'un texte le prévoit. Ce texte peut être :

- la Constitution : l'article 13 de la Constitution dispose ainsi que certains fonctionnaires, parmi lesquels les ambassadeurs, les préfets et les directeurs des administrations centrales, sont nommés en conseil des ministres ; l'article 36 dispose que l'état de siège est décrété en conseil des ministres ;
- une loi organique : conformément au quatrième alinéa de l'article 13 de la Constitution, la loi organique est compétente pour déterminer les autres emplois auxquels il est pourvu par décret en conseil des ministres (CC, n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, paragr. 87) ; en vertu de l'article 42 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, les traitements des magistrats sont fixés par décret en conseil des ministres ; l'article 13 de la loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances prévoit que les décrets d'avance pris en cas d'urgence et de nécessité impérieuse d'intérêt national sont des décrets en conseil des ministres ;
- une loi ordinaire même si, en principe, il n'appartient pas au législateur de prévoir qu'un décret sera délibéré en conseil des ministres (CC, n° 95-177 L du 8 juin 1995 ; CC, n° 2006-204 L du 15 juin 2006) : l'article L. 231-5 du code des relations entre le public et l'administration prévoit la possibilité de déroger, par décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres, eu égard à l'objet de certaines décisions ou pour des motifs de bonne administration, à la règle selon laquelle le silence de l'administration vaut acceptation ;

– un décret : le [décret n° 59-178](#) du 22 janvier 1959 dispose que les attributions des ministres sont fixées par décrets en conseil des ministres. Dans les faits, des considérations liées à la nature ou à l'importance du sujet traité peuvent expliquer que des décrets soient délibérés en conseil des ministres, alors qu'aucun texte ne le prévoit.

**Il convient toutefois d'être conscient des conséquences d'un tel choix.** Un décret délibéré en conseil des ministres postérieurement à l'entrée en vigueur de la [Constitution de 1958](#), alors même qu'aucun texte ne l'impose, ne peut plus, en effet, être modifié ou abrogé que par décret en conseil des ministres ([CE, Ass., 10 septembre 1992](#), Meyet, n° 140376).

Cependant, la règle de compétence ne s'applique pas si une loi ou un décret en conseil des ministres donne explicitement compétence à une autorité autre que le Président de la République pour édicter une réglementation dans le domaine dans lequel est intervenu le décret en cause ou pour modifier ce décret.

De même, cet effet de « *cliquet* » peut ne s'attacher qu'à certaines dispositions d'un décret si elles seules ont été modifiées par un décret en conseil des ministres : tel est le cas, par exemple, du [décret n° 53-707](#) du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique ou social, qui a été partiellement réécrit par un [décret n° 78-173](#) du 16 février 1978 délibéré en conseil des ministres.

Il convient, par ailleurs, de préciser qu'un décret soumis au conseil des ministres antérieurement à l'entrée en vigueur de la [Constitution de 1958](#) peut être modifié par un décret non délibéré en conseil des ministres, à condition toutefois qu'aucun texte n'exige une telle délibération et que les dispositions en cause n'aient pas été, sous l'empire de la [Constitution de 1958](#), déjà modifiées par un décret en conseil des ministres.

Lorsqu'une loi, une ordonnance ou un décret en conseil des ministres est modifié de façon à supprimer l'exigence d'une délibération en conseil des ministres pour les décrets d'application auxquels cette loi, cette ordonnance ou ce décret renvoie, les décrets d'application déjà intervenus peuvent être modifiés par des décrets non délibérés en conseil des ministres ([CE, 9 septembre 1996](#), Ministre de la défense c/Collas et autres, n° 140970). Ainsi, le [décret n° 2007-139](#) du 1<sup>er</sup> février 2007 a-t-il modifié le [décret n° 97-34](#) du 15 janvier 1997, qui imposait de fixer la liste des décisions administratives individuelles prises par les ministres et non par les préfets par décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres : il a réécrit l'article 2 de ce décret pour en supprimer l'obligation de délibération en conseil des ministres tout en maintenant celle d'un examen par le Conseil d'Etat. Le décret du 1<sup>er</sup> février 2007 a également prévu que les dispositions déjà prises par des décrets en Conseil d'Etat et en conseil des ministres en application du décret du 15 janvier 1997 dans sa rédaction antérieure peuvent être modifiées par décret en Conseil d'Etat.

Si l'on souhaite éviter l'effet de « cliquet » résultant de la [jurisprudence de 1992](#) lorsque l'on fait adopter en conseil des ministres un décret en dehors de toute obligation légale, il importe d'introduire dans ce décret un article final prévoyant que le décret pourra être modifié par décret simple ou par décret en Conseil d'Etat selon le cas (exemple : « *Le présent décret peut être modifié par décret* »). De même, dans le cas d'un décret dont seules certaines dispositions devaient être délibérées en conseil des ministres, un article final prévoira que les autres dispositions peuvent être modifiées par décret simple ou par décret en Conseil d'Etat (« *Les articles X, Y et Z du présent décret peuvent être modifiés par décret en Conseil d'Etat* » ou « *A l'exception de ses articles X, Y et Z, le présent décret peut être modifié par décret en Conseil d'Etat* »). Dans le cas d'un décret en conseil des ministres et en Conseil d'Etat modifiant plusieurs textes de différents niveaux ou un ensemble indéterminé de textes réglementaires, on pourra également employer la rédaction suivante : « *Les dispositions réglementaires modifiées par le présent décret peuvent être modifiées par des actes pris dans les mêmes formes que les actes dont elles étaient issues antérieurement à l'entrée en vigueur du présent décret* » (pour exemple, voir l'[article 7](#) du décret n° 2023-200 du 24 mars 2023 substituant la dénomination « *direction des services pénitentiaires d'outre-mer* » à la dénomination « *mission des services pénitentiaires de l'outre-mer* »).

## Les décrets en Conseil d'Etat

Ce sont les décrets pour lesquels une disposition constitutionnelle (second alinéa de l'[article 37](#) de la Constitution), un texte législatif ou un texte réglementaire prévoit qu'ils sont soumis à l'avis du Conseil d'Etat. Il arrive aussi qu'en l'absence d'un texte le prévoyant, le Gouvernement et le Conseil d'Etat s'accordent, en raison de l'objet ou de l'importance d'un décret, pour l'élever au niveau du décret en Conseil d'Etat. Les décrets en Conseil d'Etat portent la mention « **Le Conseil d'Etat entendu**, ».

Le Conseil d'Etat considère que la répartition des renvois législatifs, soit au décret en Conseil d'Etat soit au décret simple, peut être décidée en recourant à des « critères positifs » et à des « indices négatifs » (CE, Rapport public 2011) :

- les « critères positifs » sont déterminés par les matières qui, parce qu'elles appellent par nature des garanties, ont un effet d'attraction dans le champ du décret en Conseil d'Etat (libertés individuelles, droit de propriété, régime des obligations...) ainsi que les textes qui définissent les grandes lignes d'une réglementation majeure et se caractérisent par la présence, notamment, de dispositions fixant les critères d'assujettissement à un régime d'autorisation, énonçant des conditions d'agrément ou organisant les modalités de contrôle de l'administration sur les activités de personnes privées ;
- les « indices négatifs » conduisant à écarter le recours au décret en Conseil d'Etat tiennent à la fois à la nature de la matière considérée ou

à la faible valeur ajoutée de la consultation du Conseil (réglementation très technique, par exemple).

La méconnaissance de l'obligation de consulter le Conseil d'Etat, que cette obligation résulte d'un texte ou de la circonstance que le texte que l'on veut modifier ou abroger a été pris en Conseil d'Etat, est toujours une cause d'illégalité (CE, 17 juillet 2013, Syndicat national des professionnels de santé au travail et autres, n° 358109). Cette dernière est soulevée d'office par le juge. De la même façon, un décret simple ne peut déroger à un décret en Conseil d'Etat qu'à la condition que ce dernier (CE, 29 octobre 2008, Caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales, n° 305746) ou qu'une disposition législative l'ait expressément prévu.

Le rédacteur prendra garde aux articles « *balais* » des codes ou lois qui prévoient que les mesures d'application d'un ensemble d'articles, voire d'un chapitre ou d'un livre, sont prises, « *sauf dispositions contraires* », par décret en Conseil d'Etat. Il faut, dans ce cas, recourir à un décret en Conseil d'Etat, à moins que la disposition à appliquer ne renvoie expressément à un décret simple (ou à un arrêté) (voir fiche 3.5.1).

La catégorie des règlements d'administration publique (décrets qui devaient être soumis à l'assemblée générale du Conseil d'Etat) a été supprimée en 1980. Les règlements d'administration publique existants sont considérés comme étant des décrets en Conseil d'Etat. Ils peuvent donc être modifiés ou abrogés par décret en Conseil d'Etat. Lorsque, dans les visas ou le corps d'un texte, on se réfère à un décret pris en cette forme, il est d'usage de faire disparaître de son intitulé les mots « *règlement d'administration publique* ».

Il importe, en principe, d'éviter de soumettre au Conseil d'Etat un décret comportant à la fois des dispositions relevant du décret en Conseil d'Etat et d'autres relevant du décret simple. Il résulte, en effet de la jurisprudence que les dispositions de ce décret, dont le niveau résultera du seul usage de la formule « *Le Conseil d'Etat entendu*, » dans les visas, ne pourront ensuite être modifiées que par décret en Conseil d'Etat (CE, Ass., 3 juillet 1998, Syndicat national de l'environnement CFTD et autres, n° 177248). Deux décrets distincts doivent donc être rédigés. A défaut, il convient à tout le moins de prévoir un article final ouvrant la possibilité de modifier ultérieurement telles et telles dispositions par décret. Cette précision doit également figurer dans les décrets de « *déclassement* » pris en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution, s'ils n'ont été soumis au Conseil d'Etat qu'en raison de l'utilisation de cette procédure.

Les formules finales permettant de parer cet effet de « *cliquet* » sont similaires à celles mentionnées à propos des décrets en conseil des ministres : « *Le présent décret peut être modifié par décret* » ou, dans le cas d'un décret modificatif, « *Les dispositions modifiées par les articles X, Y et Z du présent décret peuvent être modifiées par décret* ».

On signalera toutefois que la règle issue de la [décision Syndicat national de l'environnement CFTD et autres mentionnée ci-dessus](#) cesse de s'appliquer si une norme hiérarchiquement supérieure à un

décret en Conseil d'Etat (par exemple une loi) a prévu que les mesures en cause peuvent être prises par décret. Ainsi, un décret qui a été soumis à un avis du Conseil d'Etat qui n'était pas obligatoire avec l'utilisation dans les visas de la formule « *Le Conseil d'Etat entendu*, » pourra être modifié par décret simple si, postérieurement à son édicition, le législateur a prévu, dans la matière considérée, que les mesures d'application de la loi seront prises « *par décret* ». Il en ira également ainsi dans le cas où dans une loi, une ordonnance ou un décret, un renvoi au décret en Conseil d'Etat a été remplacé par un renvoi au décret (CE, 19 février 2010, Molline et autres, n° 322407).

## Les décrets simples

Ce sont les décrets qui ne sont ni des décrets en Conseil d'Etat ni des décrets en conseil des ministres. **Il s'agit du mode ordinaire d'exercice du pouvoir réglementaire.**

Il est toujours possible, dès lors que le sujet traité le justifie, de soumettre un décret simple à l'examen du Conseil d'Etat. Pour les distinguer des décrets en Conseil d'Etat, ces décrets comportent la mention « *Après avis du Conseil d'Etat*, » et non « *Le Conseil d'Etat entendu*, ». Les décrets pris « *Après avis du Conseil d'Etat*, » peuvent être modifiés par décret simple. Aussi est-il nécessaire, lorsque le Gouvernement soumet un projet de décret au Conseil d'Etat sans y être tenu, de recourir, dans les visas du projet soumis à la Haute Assemblée à cette formule ce qui évite d'ériger ce texte en décret en Conseil d'Etat par l'emploi de la formule « *Le Conseil d'Etat entendu*, ».

## La codification des différentes catégories de décrets

Dans les codes récents, préalablement soumis à la Commission supérieure de codification, les articles de la partie réglementaire relevant d'un décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres sont identifiés par un « *R.\** », tandis que ceux relevant d'un décret en conseil des ministres mais non du Conseil d'Etat le sont par un « *D.\** ». Les articles relevant d'un décret en Conseil d'Etat sont signalés par la lettre « *R* » tandis que ceux qui relèvent du décret simple sont signalés par la lettre « *D* » (voir fiche 1.4.2). La signification de ces différentes mentions, fixée par la [circulaire du Premier ministre du 30 mai 1996](#) relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, est explicitement rappelée dans le décret approuvant la partie réglementaire du code.

Il peut s'avérer opportun, lorsque l'on modifie la partie réglementaire d'un tel code, où des articles relevant de ces différents niveaux sont imbriqués, de procéder par un seul décret. En ce cas il est admis, la signification des mentions « *R.\** », « *R.* », « *D.\** » et « *D.* » étant dépourvue d'ambiguïté :

- que les dispositions d'un décret délibéré en conseil des ministres modifiant ou insérant des articles d'un tel code relevant d'un décret en Conseil d'Etat ou d'un décret simple dès lors qu'ils portent

respectivement les lettres R et D ne confèrent pas aux dispositions modifiées ou nouvelles le statut de décret délibéré en conseil des ministres ;

– que les dispositions d'un décret en Conseil d'Etat modifiant ou insérant des articles d'un tel code relevant d'un décret simple, dès lors qu'ils portent la lettre D, ne confèrent pas aux dispositions modifiées ou nouvelles le statut de dispositions relevant du décret en Conseil d'Etat.

Par dérogation aux indications données plus haut, il n'y a donc pas lieu, dans un tel décret, d'introduire de mention destinée à parer l'effet de « cliquet » résultant des [décisions du 10 septembre 1992](#), [Meyet](#), et du [3 juillet 1998](#), Syndicat national de l'environnement CFDT et autres (voir CE, Rapport public 2011, EDCE, p. 176, et [CE, 2 juillet 2014](#), Association autonome des parents d'élèves de l'école Emile Glay et Fédération Sud Education, n° 367179).

Pour les codes plus anciens, tels que le code général des impôts, le code électoral, le code de la construction et de l'habitation, le code de la sécurité sociale ou le code de l'urbanisme, les mentions mentionnées ci-dessus doivent en revanche être insérées dans tout décret modifiant des articles relevant de plusieurs niveaux (pour un exemple relatif au code général des impôts, voir l'article 3 du [décret n° 2015-1136](#) du 14 septembre 2015 relatif au paiement des impôts recouvrés par voie de rôle).

Par ailleurs pour ces codes anciens et en particulier pour tout le code dans le livre des procédures fiscales et pour certains articles codifiés avant la circulaire de 1996 pour le code de l'urbanisme, la mention R\* (qui peut parfois être \*R sur Légifrance) renvoie à des décrets en Conseil d'Etat mais non en conseil des ministres ; les décrets en Conseil d'Etat et en conseil des ministres sont pour leur part signalés dans ces codes par la mention R\*\* (voir fiche 1.2.4). Lorsque l'on s'apprête à modifier de telles dispositions, il est donc indispensable de se rapporter au texte d'origine.