CONSEIL D'ÉTAT

Rapport public 2012

Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives

Rapport adopté
par l'assemblée générale
du Conseil d'État
le 23 février 2012

Études et documents du Conseil d'État

Fondateur

René CASSIN

Comité de direction

Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État.

Yves ROBINEAU, Bernard STIRN, Marie-Dominique HAGELSTEEN, Michel PINAULT, Olivier SCHRAMECK, Henri TOUTÉE, Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, présidents de section, Christophe DEVYS, secrétaire général du Conseil d'État.

Jacky RICHARD, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études.

Directeur de la publication : Olivier SCHRAMECK, président de la section du rapport et des études.

Secrétaire de rédaction : Corinne MATHEY, secrétaire de la section du rapport et des études

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État »
(ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

– Les autorités administratives indépendantes (EDCE n° 52), 2001.
– Collectivités publiques et concurrence (EDCE n° 53), 2002.
– Perspectives pour la fonction publique (EDCE n° 54), 2003.
– Un siècle de laïcité (EDCE n° 55), 2004.
– Responsabilité et socialisation du risque (EDCE n° 56), 2005.
– Sécurité juridique et complexité du droit (EDCE n° 57), 2006.
– L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ? (EDCE n° 58), 2007.
– Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59), 2008.
– Droit au logement, droit du logement (EDCE n° 60), 2009.
– L'eau et son droit (EDCE n° 61), 2010.
– Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011.

A paraître : étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ?

Collection « Les études du Conseil d'État »

– La norme internationale en droit français, 2000.
– L'influence internationale du droit français, 2001.
– La publication et l'entrée en vigueur des lois et de certains actes administratifs, 2001.
– Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.
– Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.
– L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.
– Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales, 2006.
– Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, 2006.
– Pour une politique juridique des activités spatiales, 2006.
– Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national, 2007.
– Le droit de préemption, 2008.
– L'implantation des organisations internationales sur le territoire français, 2008.
– Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.
– La révision des lois bioéthiques, 2009.
– Les établissements publics, 2010.
– Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2010.
– Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.

Collection « Droits et Débats »

– Le droit européen des droits de l'homme, 2011.
– Les développements de la médiation (*à paraître*)
– La valorisation économique des propriétés des personnes publiques (*à paraître*)

Sommaire

■ Éditorial

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État 9

■ Première partie
ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE 17

L'activité en chiffres-clés 19

1. Bilan d'activité statistique de la juridiction administrative 21
1.1. Bilan d'activité des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État 21
1.2. Bilan d'activité des juridictions administratives spécialisées 38

2. Bilan de la mise en œuvre des questions prioritaires de constitutionnalité 51
2.1. La question prioritaire de constitutionnalité : une innovation commune à l'ensemble de la juridiction administrative 51
2.2. Mise en œuvre des questions prioritaires de constitutionnalité devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État 52
2.3. Statistiques 53
2.4. Analyse de décisions rendues par le Conseil d'État en matière de question prioritaire de constitutionnalité 54

3. Analyse d'une sélection de décisions, d'arrêts et de jugements 57
3.1. Sélection de décisions juridictionnelles du Conseil d'État 57
3.2. Analyse d'arrêts des cours administratives d'appel et de jugements des tribunaux administratifs 80
3.3. Éléments de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile 105

4. Les missions qui concourent à l'activité juridictionnelle : aide juridictionnelle, exécution des décisions de justice, inspection des juridictions administratives 111
4.1. Bilan d'activité du bureau d'aide juridictionnelle 111
4.2. Bilan d'activité de l'exécution des décisions de la juridiction administrative 115
4.3. Mission permanente d'inspection des juridictions administratives 124

■ Deuxième partie
ACTIVITÉ CONSULTATIVE 127

1. Observations d'ordre général 131
1.1. Une activité consultative toujours soutenue 131
1.2. Un nombre de propositions de loi soumises à l'examen du Conseil d'État en nette augmentation 133
1.3. Des remarques générales sur les conditions de saisine des projets de texte 134
1.4. La qualité des études d'impact ou des évaluations préalables 135
1.5. La cohérence des textes 140

2. Sélection d'affaires marquantes de l'année 141
2.1. Mesures arrêtées en réponse à la crise financière 142
2.2. Réforme de la pharmacovigilance 147
2.3. Prévention des conflits d'intérêts 152
2.4. Traitements de données à caractère personnel : concilier l'ordre public et la protection des libertés individuelles 153
2.5. Réforme des soins psychiatriques sans consentement 156
2.6. Participation des citoyens à la justice pénale 160
2.7. Mise en œuvre de la loi dite « Grenelle 2 » 162
2.8. Réforme de la fonction publique d'encadrement supérieur 163
2.9. Encadrement du recours à la force pour le maintien ou pour le rétablissement de l'ordre public 165

3. Thèmes transversaux de l'activité consultative 167
3.1. Actes – respect de la hiérarchie des normes 167
3.2. Codification 179
3.3. Commande publique 182
3.4. Consultations 186
3.5. Domanialité publique 192
3.6. Élections 193
3.7. Organisation et gestion de l'administration 195
3.8. Outre-mer 201
3.9. Relations internationales et conventions internationales 212
3.10. Traitement de données à caractère personnel 215
3.11. Union européenne 218

4. Politiques publiques 227
4.1. Agriculture 227
4.2. Budget 228
4.3. Communication 232
4.4. Concurrence et consommation 233
4.5. Enseignement 235
4.6. Environnement 236
4.7. Fiscalité 244
4.8. Fonction publique 251
4.9. Justice 259
4.10. Logement 263
4.11. Retraites et pensions 264
4.12. Santé publique 266
4.13. Sécurité sociale et action sociale 271
4.14 Travail, emploi et formation professionnelle 275
4.15. Transports 279
4.16. Urbanisme 281

5. Index 283

6. Statistiques de l'activité consultative du Conseil d'État 293
6.1. L'activité consultative en 2011 : nombre de séances, nombre et nature des textes examinés, délais d'examen 293
6.2. Évolution de l'activité consultative : 2007-2011 297

7. Les avis rendus par le Conseil d'État en 2011 299
7.1. Communication 300
7.2. Contrat de concession de travaux 302
7.3. Élection des députés français de l'étranger 307
7.4. Entreprises 308
7.5. Étrangers 313
7.6. Fiscalité 318
7.7. Justice pénale 321
7.8. Libertés publiques 324
7.9. Outre-mer 328
7.10. Pouvoirs publics 342

■ Troisième partie
ÉTUDES, DÉBATS, PARTENARIATS EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX 347

1. Rapports et études 349
1.1. L'étude *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen* 350
1.2. Le rapport thématique *Consulter autrement, participer effectivement* 351

2. Colloques et conférences 353
2.1. La diversité des colloques 353
2.2. Les actes des colloques : *Droits et Débats*, la nouvelle collection du Conseil d'État à La Documentation française 359

3. Relations européennes et internationales 361
3.1. La mission d'expertise juridique en droit européen 361
3.2. La mission de veille en droit européen 365
3.3. Présentation générale de l'activité internationale 367

Éditorial

Jean-Marc Sauvé,
vice-président du Conseil d'État

Le rapport public est une tradition bien établie qui a mué en obligation légale et qui permet de rendre compte, chaque année, de l'activité de la juridiction administrative. Tradition ne signifie pas conservatisme et le rapport, tant dans sa structure que dans sa présentation, ne saurait être figé. Le « cru » 2012 tient à cet égard moins de l'habitude que du mouvement et de l'évolution.

I. Un rapport qui innove

Le rapport public du Conseil d'État a entamé sa mue avec son édition 2008. Pour la première fois, les deux parties traditionnelles du rapport, la première rendant compte de l'activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives et la seconde exposant des considérations générales, ont été présentées dans deux volumes distincts. Les publications, initialement concomitantes de ces volumes, ont ensuite été successives, soulignant un peu plus la dissociation des deux exercices, le rapport d'activité et l'étude annuelle, qui présentent, chacun, leurs spécificités. Le rapport 2010 a également intégré, pour la première fois, une sélection de décisions des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

L'édition 2012 surprendra toutefois les personnes familières du rapport. Sa structure a en effet été revue pour répondre à plusieurs exigences majeures : simplifier sa présentation, améliorer sa lisibilité, mais également accroître encore la démarche de transparence, en augmentant le volume des informations délivrées ainsi que la précision de celles-ci, et développer les analyses de fond. Alors que le rapport public ne comptait antérieurement pas moins de sept à huit parties dispersées entre des thèmes divers, il en comporte désormais seulement trois, qui correspondent aux grands domaines d'activité de notre institution : l'activité juridictionnelle, l'activité consultative et l'activité d'études, de débats et de partenariats. Les avis et arrêts présentés sont en outre plus nombreux et les informations fournies, souvent plus riches.

Le rapport répond ainsi, dans sa première partie, à une démarche de présentation globale de l'activité contentieuse de l'ensemble de la juridiction administrative, regroupant l'activité des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel, du Conseil d'État et des juridictions administratives spécialisées. Les missions qui concourent à l'activité juridictionnelle (aide juridictionnelle, exécution des décisions de justice, inspection des juridictions administratives) sont également présentées dans cette partie, après un bilan de la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité et une analyse d'arrêts et de jugements. Une partie unique permet donc désormais de saisir, dans une approche globale, l'ensemble de l'activité contentieuse des juridictions administratives.

La deuxième partie procède à une refonte du compte-rendu de l'activité consultative. La présentation organique de cette activité, par formation administrative du Conseil d'État, fait place à une approche thématique. Après des observations générales portant sur le volume et les caractéristiques de l'activité consultative, une sélection d'affaires marquantes de l'année est proposée : elle met en exergue quelques questions majeures qui ont été posées au Conseil d'État. L'objectif poursuivi est aussi d'analyser les principaux points de droit traités en 2011. Dans cette optique, le rapport présente successivement des avis rendus à la fois sur des thèmes transversaux (respect de la hiérarchie des normes, commande publique, consultation, organisation et gestion de l'administration…) ainsi que sur les grandes politiques publiques abordées en 2011. Les avis dont la publication a été autorisée sont également reproduits, comme chaque année, en intégralité. Au total, ce sont près de 200 avis qui sont analysés dans le rapport. La présentation de l'activité consultative a donc été entièrement remaniée. Un index comportant plus de 300 entrées permet en outre de trouver aisément dans le rapport les informations recherchées et il a, de surcroît, vocation à devenir un répertoire actif dans la version numérisée du rapport. Il sera complété au fur et à mesure de ses éditions successives.

La troisième partie du rapport est consacrée à l'activité d'études, de débats et de partenariats. Dans un ensemble unique, elle rend compte d'initiatives qui, toutes, témoignent de la volonté d'ouverture de la juridiction administrative sur des questions émergentes et de dialogue avec ses partenaires, dans la société française comme à l'étranger.

Cet important travail de refonte, qui permet au Conseil d'État de présenter cette année un rapport plus accessible, plus intelligible et plus complet, a été mené en concertation avec toutes les sections administratives par la section du rapport et des études. Il est plus particulièrement l'œuvre d'Olivier Schrameck, son président, et de Jacky Richard, rapporteur général, que je remercie vivement.

II. Une année 2011 marquée par de nouveaux progrès

Les activités juridictionnelle, consultative et de débats et partenariats ont connu en 2011 de nouveaux progrès, qui témoignent de la place éminente de la juridiction administrative dans la défense de l'intérêt général, dans la protection des libertés et droits fondamentaux ainsi que, plus généralement, dans la gouvernance publique.

a. L'activité juridictionnelle

La juridiction administrative a poursuivi ses efforts pour rendre une justice de qualité dans des délais raisonnables.

L'année 2011 a été marquée par la confirmation du rôle central joué par la juridiction administrative dans la mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). 212 QPC – soit un peu moins qu'en 2010 – ont été enregistrées par le Conseil d'État et 25 % d'entre elles ont été transmises au Conseil constitutionnel. Celui-ci a conclu à la non-conformité à la Constitution de la disposition déférée dans plus de 21 % des cas. Si le rythme d'enregistrement des QPC a de manière globale légèrement décru, les tribunaux administratifs ont toutefois été saisis de 459 QPC en 2011 et les cours administratives d'appel de 134. Cette deuxième année de fonctionnement de la QPC a également été l'occasion pour le Conseil d'État de compléter la jurisprudence qu'il avait commencé à élaborer en 2010, en particulier en ce qui concerne les effets des déclarations de non-conformité prononcées par le Conseil constitutionnel. Les questions dont a été saisie la juridiction administrative ont été très diverses et comportaient en outre des enjeux majeurs en termes de protection des droits et des libertés. L'année 2011 a donc été celle de la confirmation de la place éminente de la juridiction administrative dans la mise en œuvre de la QPC et, par conséquent, dans la défense des droits et des libertés constitutionnellement garantis.

La juridiction administrative a par ailleurs continué à faire évoluer sa jurisprudence pour répondre à des questions nouvelles et difficiles. Par cinq décisions, rendues le 19 juillet 2011, l'assemblée du contentieux s'est par exemple prononcée sur la portée des dispositions de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État. Elle a précisé les conditions auxquelles les collectivités publiques peuvent, dans le respect de cette loi, prendre des décisions, notamment financières, en rapport avec des édifices ou des activités cultuels. L'année 2011 a été marquée par d'autres décisions importantes dans le domaine des droits et libertés fondamentaux : en matière de protection de la vie privée et de droit des fichiers, le Conseil d'État a ainsi statué sur la collecte d'empreintes digitales pour la réalisation du passeport biométrique et sur le traitement automatisé de ces données ; il a rappelé le principe du droit à la liberté d'expression et ses limites ; il a précisé la portée de dispositions du code électoral par lesquelles le juge peut prononcer l'inéligibilité d'un candidat à une élection et les principes selon lesquels les lois comportant des pénalités s'appliquent dans le temps. Le Conseil d'État a également poursuivi la rénovation de l'édifice, largement jurisprudentiel, de la responsabilité administrative, en soumettant intégralement l'administration fiscale au régime de la faute simple et en fixant le cadre de la responsabilité administrative en cas de harcèlement moral dans la fonction publique.

L'apport de la jurisprudence administrative en matière de droit de la régulation économique et, plus généralement, d'activités économiques de la puissance publique, a cette année encore été notable. Le Conseil d'État a ainsi continué à préciser le droit applicable aux contrats publics et, notamment, au recours d'un cocontractant contre une mesure de résiliation de son contrat ou à l'office respectif des juges de l'injonction et du contrat en cas d'annulation d'un acte détachable d'un contrat administratif. Il a également clarifié les rapports entre la délibération approuvant la création d'une zone d'aménagement concerté et les actes tendant à l'acquisition par voie d'expropriation des terrains nécessaires à la réalisation de cette zone. Le juge des référés a aussi été amené à se prononcer, en urgence, sur la demande de suspension d'un arrêté relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez.

Enfin, la juridiction administrative s'est montrée particulièrement attentive à l'application de nos engagements européens et internationaux. Le Conseil d'État a par exemple tiré toutes les conséquences des réponses apportées par la

Cour de justice de l'Union européenne à des questions qu'il lui avait posées au sujet d'arrêtés de suspensions et d'interdiction du maïs génétiquement modifié MON 810. Par une décision d'assemblée du 23 décembre 2011, ont été également précisées les modalités d'articulation des traités internationaux entre eux.

La jurisprudence de l'année 2011 témoigne ainsi de la contribution majeure de la juridiction administrative à l'affermissement de l'État de droit.

Mais la juridiction administrative est également elle-même un service public qui doit gagner et conserver la confiance des justiciables. La qualité de la justice administrative, qui se mesure en termes de solidité de l'édifice jurisprudentiel qu'elle construit, dépend aussi des services qu'elle rend. C'est pourquoi il faut être particulièrement attentif à la célérité avec laquelle des réponses sont apportées aux requêtes présentées devant elle.

Le bilan statistique pour l'année 2011 confirme l'amélioration des principaux indicateurs de cet ordre de juridiction. Deux résultats doivent particulièrement être mis en valeur. Pour la première fois, le délai prévisible moyen de jugement est, devant les tribunaux, les cours et le Conseil d'État, inférieur à un an. D'un peu moins de 11 mois devant les tribunaux administratifs (10 mois et 27 jours), il est de 11 mois et 16 jours devant les cours administratives d'appel et de 8 mois et 12 jours devant le Conseil d'État. La diminution du délai prévisible moyen de jugement aux trois niveaux de la juridiction s'accompagne, en second lieu, d'un rajeunissement du stock. Le volume des affaires enregistrées depuis plus de deux ans décroît nettement : de plus de 23 % dans les tribunaux administratifs, de 11 % dans les cours administratives d'appel et de plus de 25 % au Conseil d'État. Ces affaires représentent moins de 14 % du « stock » des tribunaux, moins de 5 % de celui des cours et 7 % de celui du Conseil d'État.

Ces résultats sont d'autant plus remarquables que le recours des justiciables à la juridiction administrative continue de croître, ce qui se traduit par une augmentation régulière, année après année, du nombre d'entrées. Les tribunaux administratifs ont ainsi enregistré en 2011, en données nettes, 182 916 affaires, soit 4,3 % de plus qu'en 2010, tandis que les cours administratives d'appel, avec 28 279 affaires, ont enregistré 3,2 % d'entrées supplémentaires. Le contentieux des étrangers continue de progresser. L'entrée en vigueur de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité a ainsi conduit, au second semestre de l'année 2011, à une augmentation de 50 % du contentieux des mesures d'éloignement examinées en urgence, par rapport au second semestre de 2010. Une hausse de près de 15 % du contentieux hors éloignement est également constatée. Le surcroît de charge de travail qui résulte de la loi du 16 juin 2011 a donc été immédiatement ressenti par les juridictions administratives.

La Cour nationale du droit d'asile (CNDA) a, de son côté, été confrontée en 2011 à une très forte croissance des recours enregistrés (+ 16,5 % à 31 983). Mais sa capacité de jugement a, dans le même temps, plus fortement progressé encore (+ 44,5 % à 34 595 affaires réglées). Le délai prévisible moyen de jugement qui avoisinait 15 mois en 2010 est par conséquent revenu à 9 mois et 5 jours en 2011 et devrait tendre vers 6 mois en 2012. Ces résultats remarquables doivent beaucoup aux moyens supplémentaires mis en œuvre, à la profonde réorganisation des services de la Cour et aux gains procurés par la dématérialisation.

b. L'activité consultative en 2011

Le Conseil d'État occupe une place à part dans notre vie publique. Celle-ci tient notamment à l'activité consultative qu'il exerce et qui lui permet de jouer un rôle-clé dans l'amélioration de la gouvernance et la mise en œuvre des politiques publiques.

L'année 2011 a ainsi été marquée par l'examen de 6 projets de loi de finances, dont 4 rectificatives, comportant des dispositions importantes visant à répondre aux événements liés à la crise financière, en particulier au travers des nouveaux mécanismes destinés à la résorption de la crise de la dette publique en Europe. Le Conseil d'État a ainsi eu à connaître des nouvelles modalités d'intervention du Fonds européen de stabilité financière ou de la garantie de l'État liée à la restructuration du groupe Dexia. Un projet de loi constitutionnelle relatif à l'équilibre des finances publiques a également été examiné.

Mais le Conseil d'État a aussi été saisi de projets de texte destinés à mettre en œuvre d'autres grandes réformes : renforcement de la sécurité sanitaire du médicament, indemnisation des victimes du « benfluorex », participation des citoyens à la justice pénale, réforme des soins psychiatriques sans consentement ou encore examen de nombreux textes d'application de la loi dite « Grenelle 2 », tels que ceux relatifs à l'institution de nouveaux instruments de planification ou à la réforme des études d'impact.

Dans le cadre de son activité consultative, le Conseil d'État contrôle avec vigilance la qualité des textes, leur cohérence et leur adéquation avec les objectifs qu'ils poursuivent. Assurer la sécurité juridique de ces textes, veiller à ce qu'ils respectent la hiérarchie des normes et les grands principes de répartition des compétences sont des préoccupations constantes du Conseil d'État. Ces sujets et d'autres se retrouvent désormais, grâce à la nouvelle présentation du rapport, dans la partie relative aux thèmes transversaux de l'activité consultative.

Au total, en 2011, ce sont 1 220 textes qui ont été examinés par les formations administratives, dont 186 propositions de loi et projets de loi, d'ordonnance ou de loi de pays et 813 décrets réglementaires. 2011 a également été une année de renforcement des relations entre les assemblées parlementaires et le Conseil d'État : celui-ci s'est en effet prononcé sur 5 propositions de loi, sur un total de 8 qui lui ont été soumises depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Parmi celles-ci, on notera plus particulièrement la proposition de loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, comptant plus de cent articles, ainsi que la première saisine émanant du Sénat relative à la simplification des normes applicables aux collectivités locales. En 2011, l'assemblée générale a tenu 34 séances et examiné 55 projets de texte. L'activité de la commission permanente a également été très soutenue : elle a tenu 11 séances, soit 4 de plus que l'année précédente, et examiné 12 projets de texte (soit 7 de moins qu'en 2010). Les délais moyens d'examen des textes sont toujours maîtrisés : plus de 80 % des projets sont examinés dans un délai de moins de deux mois.

Le travail fourni par les formations administratives a donc été remarquable, d'autant que, ainsi que le relève le rapport, l'activité consultative ne peut être pleinement utile et remplir les objectifs qui lui sont assignés que si le Conseil d'État dispose du temps nécessaire à l'examen des projets de texte, lesquels

doivent en outre être correctement préparés. Or, si la saisine en extrême urgence est parfois tout à fait justifiée, comme lorsque la situation de la zone euro impose d'augmenter la garantie des États au titre du Fonds européen de stabilité financière, elle n'est parfois pas nécessaire ou résulte d'un manque de préparation qui nuit à l'exercice de la fonction consultative. La composition des dossiers soumis aux formations administratives du Conseil d'État a été opportunément précisée par une circulaire du Premier ministre du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit. Toutefois, ces instructions n'ont pas encore été suffisamment respectées. En outre, si des progrès notables ont été accomplis par les administrations en matière d'études d'impact, les pratiques peuvent et doivent encore être améliorées. Dans ce but, le Conseil d'État a précisé en 2011, pour plusieurs catégories particulières de projets de loi, les exigences résultant en matière d'études d'impact de la loi organique du 15 avril 2009.

c. L'activité d'études, de débats et de partenariats

L'activité d'études, de débats et de partenariats est essentielle. D'abord en raison de la nécessité pour la juridiction administrative, d'une part, de rendre compte de son activité et, d'autre part, de mieux dialoguer avec son environnement et ses interlocuteurs et de mieux saisir les attentes et les enjeux sociaux. La confrontation des points de vue permet aussi de nourrir la réflexion sur les solutions déjà adoptées et de stimuler l'imagination juridique nécessaire à l'exercice du travail juridictionnel et consultatif. Enfin, la juridiction administrative doit prendre toute sa place en participant aux travaux de recherche en droit et en gestion publique ou en les suscitant.

Le dialogue de la juridiction administrative avec ses partenaires est donc particulièrement important et le Conseil d'État a résolument œuvré, en 2011, au développement de celui-ci, tant avec les autres juridictions, françaises et internationales, qu'avec les administrations, les professions du droit, l'université et la société civile. L'activité de la section du rapport et des études a donc, cette année encore, été particulièrement soutenue.

L'ancrage européen et international du Conseil d'État a ainsi été confirmé en 2011, notamment au travers de sa participation aux activités des associations européenne et internationale des hautes juridictions administratives. La richesse des échanges bilatéraux illustre également ce point : le Conseil d'État a par exemple reçu la visite du Consiglio di Stato et il a été la seule délégation étrangère invitée lors de la célébration du 180e anniversaire de celui-ci, en présence du président de la République italienne. D'importants échanges ont également eu lieu avec les juridictions homologues du Royaume-Uni, d'Allemagne, de Belgique et des Pays-Bas. Mais la coopération avec des pays étrangers ne se limite pas à nos voisins ou aux pays partageant une commune culture juridique : une délégation du Conseil d'État s'est ainsi rendue en Chine dans le courant du mois de juin 2011 pour prendre part à un séminaire franco-chinois de droit administratif et, à cette occasion, la Cour suprême et notre institution ont signé un mémorandum *de coopération.*

Outre cette activité internationale, l'année 2011 a également été marquée par la publication d'une étude sur l'institution d'un parquet européen et de l'étude annuelle intitulée Consulter autrement, participer effectivement. *Ces deux thèmes, porteurs d'enjeux majeurs en termes de gouvernance publique, ont permis de formuler des propositions concrètes et argumentées d'évolution de notre législation. L'étude annuelle a conduit en particulier une réflexion vaste et féconde sur les nouveaux modes de décision publique et sur les moyens les plus aptes à sécuriser la prise de décision publique, tout en renforçant la participation des personnes intéressées. Elle invite à l'émergence d'une véritable démocratie administrative.*

De nombreux colloques et conférences ont en outre jalonné l'année 2011. Pas moins de 15 manifestations ont ainsi été organisées par le Conseil d'État, qui a également apporté son concours à d'autres événements. Les cycles portant sur le droit européen des droits de l'homme et la démocratie environnementale, qui avaient été ouverts en 2010, ont été menés à leur terme en 2011. 2011 a aussi vu aboutir de nouveaux projets et partenariats : pour la première fois, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont organisé conjointement un colloque sur le droit de la santé, qui a permis d'évoquer des enjeux partagés et d'aborder les questions communes auxquelles sont confrontés les deux ordres de juridiction. Ces colloques et conférences ont trouvé en 2011 un prolongement : leurs actes sont désormais publiés dans une nouvelle collection, intitulée « Droits et Débats ». Il était en effet nécessaire de conserver et diffuser les documents retraçant la richesse des interventions et des débats ayant eu lieu lors de ces colloques et conférences.

Enfin, il convient, pour finir, de faire mention de la charte de déontologie, qui a été mise au point à l'issue d'un large débat et soumise aux organismes consultatifs du Conseil d'État et des cours et tribunaux administratifs. Ce document qui est commun à l'ensemble de la juridiction administrative précise les devoirs qui s'imposent à ses membres dans l'exercice de leurs fonctions, comme dans la cité. La charte de déontologie rappelle ainsi les principes et les bonnes pratiques applicables aux enjeux suivants : l'indépendance et l'impartialité, la prévention des conflits d'intérêts, le devoir de réserve, le secret et la discrétion professionnels… Elle instaure un collège de déontologie chargé d'éclairer les membres de la juridiction administrative sur ces questions. Cette charte a pour ambition de clarifier les règles déontologiques applicables et, ce faisant, de donner une plus grande sécurité aux membres de la juridiction et de renforcer la confiance des justiciables.

L'année 2011 a certainement permis à la juridiction administrative de progresser dans la garantie de l'intérêt général et la défense des droits et des libertés au travers de ses multiples activités. Ces objectifs restent les piliers de notre action qui se déploie principalement dans le cadre national mais aussi hors de nos frontières. Ils se conjuguent avec une forte volonté d'adaptation, de renouvellement et de rayonnement, exigences auxquelles entend répondre la nouvelle version du rapport public.

Index des principales abréviations

AAI	Autorité administrative indépendante
AIHJA	Association internationale des hautes juridictions administratives
BAJ	Bureau d'aide juridictionnelle (du Conseil d'État)
CAA	Cour administrative d'appel
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CESE	Conseil économique, social et environnemental
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CNDA	Cour nationale du droit d'asile
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CRE	Commission de régulation de l'énergie
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
DALO	Droit au logement opposable
ENM	Ecole nationale de la magistrature
IFSA	Institut français des sciences administratives
INSERM	Institut national de la santé et de la recherche médicale
JORF	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LOLF	Loi organique relative aux lois de finances
MIJA	Mission d'inspection des juridictions administratives
PLF	Projet de loi de finances
PLFR	Projet de loi de finances rectificative
PLFSS	Projet de loi de financement de la sécurité sociale
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RMI	Revenu minimum d'insertion
RSA	Revenu de solidarité active
SGAE	Secrétariat général des affaires européennes
SGG	Secrétariat général du Gouvernement
TA	Tribunal administratif
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne (le Tribunal)

Première partie

Activité juridictionnelle

L’activité en chiffres-clés

Les tribunaux administratifs

	Données brutes	Données nettes *
Affaires enregistrées	187 384	182 916
Affaires jugées	192 147	186 493
Affaires en stock	180 225	169 177
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock*	11 mois et 8 jours	10 mois et 27 jours

Les cours administratives d’appel

	Données brutes	Données nettes *
Affaires enregistrées	28 521	28 279
Affaires jugées	29 866	29 314
Affaires en stock	28 733	28 186
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock*	11 mois et 16 jours	11 mois et 16 jours

Le Conseil d’État

	Données brutes	Données nettes *
Affaires enregistrées	9 963	9 346
Affaires réglées	10 827	9 801
Affaires en stock	7 436	6 880
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock*	8 mois 5 jours	8 mois 12 jours

* Les **données nettes** excluent les affaires dites de « série », c’est-à-dire celles qui présentent à juger en droit, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification des faits, une question qui a déjà fait l’objet d’une décision juridictionnelle.

* Le **délai prévisible moyen de jugement**, aussi appelé délai d’élimination théorique du stock, correspond au ratio nombre d’affaires en stock à la fin de l’année divisé par nombre d’affaires jugées ou réglées définitivement au cours de la même année.

1. Bilan d'activité statistique de la juridiction administrative

1.1. Bilan d'activité des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État

Le bilan 2011 de l'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel confirme l'amélioration des principaux indicateurs de la juridiction administrative. L'indicateur le plus synthétique, celui du délai prévisible moyen de jugement, est, pour la première fois depuis la création des cours administratives d'appel, inférieur à un an pour les deux niveaux de juridiction : il est ramené à 10 mois et 27 jours en première instance, en diminution de 6 jours, et à 11 mois et 16 jours en appel, en baisse de 1 mois et 2 jours.

Les délais moyens constatés, y compris pour les affaires ordinaires (hors ordonnances et contentieux dont le jugement est enserré dans des délais particuliers), diminuent également de manière significative. En première instance, le délai moyen s'approche ainsi de 1 an et le délai moyen constaté pour les affaires ordinaires de 2 ans. La réduction des stocks, et au sein de ceux-ci des dossiers enregistrés depuis plus de 2 ans, permet de penser que ce seuil sera bientôt un délai maximal comme c'est déjà le cas, et fort largement, en appel.

Activité des tribunaux administratifs

La situation des tribunaux administratifs, en dépit d'une augmentation des entrées, continue de s'améliorer nettement.

Affaires enregistrées

En 2011, les tribunaux administratifs ont enregistré 182 916 affaires nouvelles en données nettes et 187 384 en données brutes, soit une augmentation, par rapport à 2010, de 4,30 % en données nettes et de 2,2 %, en données brutes.

Toutefois, si l'on exclut la progression du contentieux des visas et des naturalisations, très vigoureuse mais partiellement conjoncturelle, et qui ne concerne que le TA de Nantes, l'augmentation globale s'élève à seulement 3 % en données nettes.

Cette augmentation recouvre des situations très contrastées selon les matières. Parmi les six principales matières représentant chacune plus de 5 % des entrées en données nettes, on note autant de hausses que de baisses.

Trois de ces contentieux sont en baisse : le **contentieux fiscal** diminue de 3,5 % et représente désormais 10,5 % des entrées ; le contentieux de la **fonction publique** diminue de 0,2 % et représente 9,2 % du total ; le contentieux de la **police** diminue de 12 % – cette baisse est même de – 14,3 % pour la rubrique « circulation et permis de conduire » – et représente 9 % du total des entrées.

Trois de ces contentieux sont en augmentation : celui du **logement**, qui augmente de 8,7 % (avec une progression de 12,8 % du « droit au logement opposable ») et représente 6,3 % du total des entrées ; celui de l'**urbanisme**, qui augmente de 8,7 % et constitue 7 % du total.

Mais l'augmentation la plus remarquable est celle du **contentieux des étrangers**, qui progresse globalement de 18,2 % (16,7 % si on exclut les visas) et représente désormais 29,2 % des affaires enregistrées (25,5 % si on exclut les visas). Cette progression globale a été observée dès le début de l'année, puisqu'elle était de l'ordre de 12 % au 1er semestre par rapport au 1er semestre 2010. Elle s'est accélérée au 2ond semestre, avec une hausse de près de 25 % par rapport au 2ond semestre 2010.

Cette progression tient, d'une part, à la hausse du **contentieux des mesures d'éloignement examinées en urgence**. Dès le 1er semestre, on observait une progression de 6 % du contentieux des reconduites à la frontière. Au 2ond semestre, les juridictions ont été confrontées aux effets de la loi du 16 juin 2011, et ce contentieux a progressé, par rapport au 2ond semestre 2010, de 50 %. Au total, cette progression a représenté un surcroît d'environ 2 500 affaires, dont 2 000 au 2ond semestre. Outre le TA de Cayenne, sont notamment touchés les TA de Lille, Versailles, Melun, Strasbourg, Rouen, Toulouse, Cergy et Nîmes et, dans une moindre mesure, ceux de Montreuil, Lyon, Marseille, Montpellier, Rennes et Bordeaux. Le nombre de requêtes est en revanche stable à Paris.

La progression globale du contentieux des étrangers tient aussi, d'autre part, à la hausse de près de 15 % du **contentieux hors mesures d'éloignement**, soit un surcroît de près de 4 500 affaires. C'est ce qui explique que cette progression globale est constatée dans toutes les juridictions (sauf dans les TA de Rennes et d'Orléans), et non pas seulement dans celles qui ont dans leur ressort un centre de rétention administrative, même si bien entendu celles-ci sont beaucoup plus affectées par la loi du 16 juin 2011.

L'évolution des entrées recouvre également des situations très contrastées selon les juridictions :
– treize tribunaux administratifs ont vu leurs entrées, en données nettes, diminuer. Les baisses les plus importantes concernent les TA de Poitiers (– 14,6 %, en particulier à cause du contentieux des pensions), de Rennes (– 5,9 %), de Châlons-en-Champagne (– 5,2 %), de Versailles (– 5 %) de Basse-Terre (– 4,7 %) et de Nice (– 3,7 %) ;
– en revanche, vingt-neuf juridictions ont vu leurs entrées progresser. Cette augmentation est exceptionnellement forte dans les TA de Cayenne (+ 76,8 %) et de Fort-de-France (+ 37 %). Mais on assiste également à une progression des entrées très significative aux TA de Nîmes (+ 22,6 %), de Limoges (+ 22,2 %), de Grenoble (+ 16 %) de Pau (+ 12,3 %), de Melun (+ 10,4 %) et de Clermont-Ferrand (+ 10,3 %). Tel est aussi le cas au TA de Nantes (+ 24,4 %), principalement à cause de la dynamique du contentieux des visas et de l'augmentation – que l'on espère toutefois partiellement conjoncturelle – du contentieux des naturalisations.

Affaires réglées

Le **nombre d'affaires jugées** par les tribunaux administratifs en 2011, qui s'élève à 186 493 en données nettes et à 192 147 en données brutes, est quasiment stable, l'évolution par rapport à 2010 étant de – 0,3 % en données nettes et de – 0,97 % en données brutes.

Cette quasi-stabilité masque des évolutions notablement différentes selon les matières. Sont en diminution sensible : les jugements en matière de police, en baisse de 12 %, de logement, en baisse de 10,5 % et, plus modérément, de fonction publique, en baisse de 1 %. À l'inverse, on observe une augmentation sensible des sorties dans le contentieux des marchés, qui progresse de 5,9 %, des étrangers, en hausse de 6 %, de l'urbanisme, en hausse de 7,1 %, et de l'aide sociale, en hausse de 12,2 %.

Ce contraste s'observe aussi entre les juridictions : le nombre d'affaires traitées, en données nettes, augmente pour vingt-sept tribunaux, et diminue pour quinze.

De façon globale, cette stabilité des sorties s'explique par la conjonction d'un renforcement sensible de l'effectif réel moyen, et d'une diminution symétrique du nombre d'affaires traitées par magistrat.

L'**effectif réel moyen** passe, pour l'ensemble des TA, de 696 magistrats en 2010 à 722 magistrats en 2011, soit une progression de 3,7 %.

Le **nombre d'affaires traitées par magistrat**, quant à lui, s'établit à 258,3 en 2011, à comparer à 268,7 en 2010. Cette moyenne nationale a diminué de 6,5 % par rapport au chiffre de 2009 (276), et retrouve un niveau comparable à celui des années 2005-2006. Cette évolution résulte de deux éléments totalement assumés :
– d'une part, de manière générale, après une période exceptionnelle caractérisée par un travail de réduction de stocks très volumineux favorisant un niveau élevé d'ordonnances, la productivité est nécessairement moins importante dans un contexte de travail prioritaire sur les dossiers anciens les plus lourds ;
– d'autre part, la volonté de rééquilibrer la charge de travail passait, pour les juridictions les plus sollicitées, par une réduction de cette charge ; on note ainsi que la réduction du nombre d'affaires traitées par magistrat est particulièrement sensible, en 2011, dans les juridictions franciliennes (Cergy : – 14 % ; Melun : – 11 % ; Montreuil : – 7 % ; Paris : – 12 % ; Versailles : – 5 %), ainsi que pour les TA de Lyon ou Marseille, par exemple.

Ajoutons que si la réduction observée l'an dernier s'expliquait essentiellement par la diminution du nombre des ordonnances, celle constatée cette année trouve un écho dans la réduction du nombre d'affaires traitées par magistrat « hors ordonnances », plus représentatif de la charge des rapporteurs, et qui revient également aux niveaux observés avant 2008.

Bien entendu, compte tenu de l'évolution de la nature des dossiers traités, cette réduction ne signifie pas nécessairement ou systématiquement une diminution de la charge de travail des rapporteurs. Mais elle devrait permettre d'en favoriser le rééquilibrage, et c'est bien dans cette optique qu'elle devrait se poursuivre encore, dans certaines juridictions, l'année prochaine.

Taux de couverture et stock d'affaires en instance

Le **taux de couverture** (ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées) diminue légèrement au niveau national : il s'établit en 2011 à 102 %, en données nettes, contre 107 % en 2010. Ce taux de couverture est supérieur à 100 % pour la très grande majorité des tribunaux administratifs. Il n'est inférieur à 100 % que dans 14 TA, mais le plus souvent de manière très marginale, puisqu'il ne descend en-deçà de 95 % que dans 6 juridictions (Cayenne, Clermont-Ferrand, Limoges, Nîmes, Poitiers et Nantes [1]).

Le **nombre d'affaires en stock** continue donc, au niveau national, de diminuer. Il s'établit, au 31 décembre 2011, à 169 177 dossiers en données nettes et à 180 225 dossiers en données brutes, soit une réduction de 2,35 % en net et 2,40 % en brut par rapport à la situation observée au 31 décembre 2010.

Fin décembre 2011, les matières les plus représentées, parmi les affaires en instance, étaient les suivantes : le contentieux fiscal (18,2 % du total, mais en diminution de 8 % par rapport au 31 décembre 2010), celui des étrangers (14,3 % du total, mais en augmentation de 23,3 % par rapport au 31 décembre 2010), celui de la fonction publique (13,8 % du total), celui de l'urbanisme (9,4 % du total) et celui de la police (9 % du total, mais en diminution de 23,7 % par rapport au 31 décembre 2010).

Cette réduction des stocks se double d'un rajeunissement, puisque le volume d'**affaires enregistrées depuis plus de 2 ans** diminue d'environ 24 %. Au nombre de 23 306, **ces affaires représentent désormais 13,8 % du total d'affaires en stock au lieu de 17,7 % en 2010.**

L'objectif de ramener cette part à moins de 5 % est d'ores et déjà atteint dans la moitié des juridictions. On ne peut s'empêcher de saluer particulièrement la réussite du TA de Paris, qui ne comptait plus, fin 2011, que 351 affaires de plus de 2 ans, à comparer au nombre de 15 000 constaté au milieu des années 2000. Mais l'évolution est également très encourageante dans les juridictions qui n'ont pas encore atteint cet objectif, avec des réductions très prononcées aux TA de Cergy (8 % fin 2011 contre 33 % fin 2010), à Basse-Terre, à Bordeaux, à Grenoble, à Melun, à Rennes, et dans une moindre mesure à Châlons, Lille, Lyon, Marseille, Nice, Orléans, Rouen, Strasbourg et de Nantes. La réduction s'amorce aux TA de Toulouse et de Saint-Denis de la Réunion. En vérité, seul le TA de Versailles, à raison d'un sous-effectif important et de l'effet d'éviction de contentieux urgents, a fait exception, en 2011, à ce mouvement général de rajeunissement des stocks.

1 - La situation particulière du TA de Nantes s'explique par le transfert du Conseil d'État à cette juridiction du contentieux des visas en premier ressort, en application du décret n° 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, entré en application le 1er avril 2010 pour les requêtes enregistrées à compter de cette date (voir aussi p. 33).

Délais

La conjonction d'une quasi-stabilité des sorties et d'une réduction marquée des stocks se traduit par une nouvelle amélioration du **délai prévisible moyen de jugement,** qui avait déjà fortement diminué les années précédentes**.** Il s'établit en 2011 à 10 mois et 27 jours en moyenne nationale, soit une réduction de 6 jours par rapport à 2010.

Ce délai prévisible moyen reste cependant supérieur à 1 an dans 11 juridictions. De quelques jours seulement à Nice et à Melun, d'environ 1 mois à Rennes et Strasbourg, de 2 mois et 23 jours à Poitiers, de 3 mois et 8 jours à 3 mois et 23 jours à Versailles, Toulouse, Saint-Denis de la Réunion, Basse-Terre et Grenoble, et de 6 mois et 2 jours à Nantes. Mais il est à noter que, parmi ces juridictions, cet indicateur ne se dégrade, en 2011, qu'à Grenoble et Nice, très légèrement, et à Nantes, Poitiers et Versailles, plus fortement.

Le délai prévisible moyen est inférieur à un an dans toutes les autres juridictions, inférieur à 10 mois dans 18 d'entre elles, et même à 8 mois dans 9 TA.

Cette réduction du délai prévisible moyen atteste de la bonne santé globale des TA. Elle se retrouve désormais, de façon très tangible, dans la réduction des délais constatés :
– le **délai moyen de jugement constaté** en données nettes diminue de 1 mois et 13 jours par rapport à 2010, et s'établit en 2011 à 1 an 1 mois 4 jours.
– quant au **délai moyen de jugement constaté pour les affaires ordinaires** (hors contentieux de référé ou dont le traitement est enserré par la loi dans des délais particuliers et hors affaires réglées par ordonnance), il diminue de 1 mois et 28 jours par rapport à 2010, pour s'établir en 2011 à 2 ans et 18 jours.

Statistiques

Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance au 31 décembre 2011

	Données brutes			Données nettes		
	2010	**2011**	**Évolution 2011/2010**	**2010**	**2011**	**Évolution 2011/2010**
Affaires enregistrées						
TA de Métropole	176 429	179 895	1,96 %	169 451	175 614	3,64 %
TA d'outre-mer	6 854	7 489	9,26 %	5 926	7 302	23,22 %
Total	**183 283**	**187 384**	2,24 %	**175 377**	**182 916**	4,30 %
Affaires traitées						
TA de Métropole	187 584	184 528	– 1,63 %	180 815	179 022	– 0,99 %
TA d'outre-mer	6 436	7 619	18,38 %	6 246	7 471	19,61 %
Total	**194 020**	**192 147**	– 0,97 %	**187 061**	**186 493**	– 0,30 %
Affaires en instance						
TA de Métropole	176 965	172 661	– 2,43 %	166 618	162 727	– 2,34 %
TA d'outre-mer	7 701	7 564	– 1,78 %	6 628	6 450	– 2,69 %
Total	**184 666**	**180 225**	– 2,40 %	**173 246**	**169 177**	– 2,35 %
(dont de plus de 2 ans)	*32 290*	*25 948*	*– 19,64 %*	*30 403*	*23 306*	*– 23,34 %*

Délais moyens de jugement en 2011

	Données brutes	**Données nettes**
Délai prévisible moyen de traitement des affaires en stock	11 m 8 j	10 m 27 j
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification – ou « délai constaté global »	1 a 1 m 10 j	1a 1 m 4 j
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence)	1 a 2 m 16 j	1 a 2 m 11 j
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence et hors affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers)	1 a 5 m 24 j	1 a 5 m 21 j
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence et hors affaires dont le jugement est enserré dans des délais particuliers et compte non tenu des ordonnances) – ou « délai constaté pour les affaires ordinaires »	2 a 21 j	2 a 18 j

Stock et flux, juridiction par juridiction, pour la période du 1er janvier au 31 décembre 2011 (données nettes, juridictions classées par ordre alphabétique)

	Affaires enregistrées		**Affaires traitées**		**Affaires en instance**	
	2011	**Évolution 2011/2010**	**2011**	**Évolution 2011/2010**	**2011**	**Évolution 2011/2010**
Amiens	3 490	3,50 %	3 716	1,28 %	2 898	– 6,88 %
Bastia	1 236	4,66 %	1 182	– 12,57 %	693	8,96 %
Besançon	1 873	6,54 %	1 892	0,96 %	1 193	– 1,24 %
Bordeaux	5 152	8,26 %	5 932	12,45 %	5 679	– 12,50 %
Caen	2 601	0,85 %	2 664	11,60 %	1 570	– 3,38 %
Cergy-Pontoise	10 301	2,59 %	10 739	– 14,27 %	9 535	– 4,08 %
Châlons-en-Champagne	2 254	– 5,17 %	2 823	6,57 %	2 483	– 18,91 %
Clermont-Ferrand	2 223	10,27 %	2 008	0,75 %	1 446	21,72 %
Dijon	2 653	– 0,90 %	2 866	– 2,02 %	2 075	– 9,82 %
Grenoble	6 901	16,04 %	6 744	– 2,35 %	8 869	1,38 %
Lille	7 266	– 2,38 %	7 530	6,55 %	6 758	– 3,29 %
Limoges	2 056	22,24 %	1 684	– 9,75 %	1 424	38,66 %
Lyon	7 692	0,92 %	7 892	4,49 %	7 777	– 2,32 %
Marseille	8 001	– 1,54 %	8 277	– 4,94 %	6 852	– 3,99 %
Melun	9 418	10,37 %	9 593	3,12 %	9 855	– 1,28 %
Montpellier	5 867	1,24 %	5 647	– 8,77 %	4 406	5,36 %
Montreuil	10 977	2,09 %	11 416	31,92 %	7 861	– 10,82 %
Nancy	2 415	– 1,95 %	2 394	10,53 %	1 970	0,00 %
Nantes	12 789	24,44 %	9 183	7,72 %	13 826	35,27 %
Nice	4 950	– 3,73 %	5 195	– 7,74 %	5 224	– 4,50 %
Nîmes	4 004	22,60 %	3 309	– 7,00 %	2 751	34,20 %
Orléans	4 494	3,17 %	4 794	8,02 %	3 057	– 9,21 %
Paris	19 817	– 1,40 %	22 766	– 10,20 %	11 627	– 20,15 %
Pau	2 702	12,26 %	2 823	– 1,74 %	2 249	– 5,11 %
Poitiers	2 925	– 14,60 %	2 528	– 18,61 %	3 111	14,54 %
Rennes	5 000	– 5,93 %	5 441	0,44 %	5 861	– 8,74 %
Rouen	3 842	0,97 %	3 857	– 4,08 %	3 385	0,24 %
Strasbourg	6 076	4,85 %	6 052	8,69 %	6 648	1,20 %
Toulon	3 306	4,49 %	3 457	8,74 %	2 998	– 19,08 %
Toulouse	5 688	8,82 %	6 119	2,79 %	7 841	0,13 %
Versailles	7 645	– 5,03 %	8 499	– 16,11 %	10 805	– 6,72 %
Total métropole	***175 614***	***3,64 %***	***179 022***	***– 0,99 %***	***162 727***	***– 2,34 %***
Basse-Terre	783	– 4,74 %	1 058	16,78 %	1 558	– 14,96 %
Cayenne	2 051	76,81 %	1 787	53,00 %	1 133	30,53 %
Fort-de-France	1 239	36,91 %	1 226	8,21 %	589	2,43 %
Mata-Utu	20	– 45,95 %	24	– 11,11 %	12	– 25 %
Mayotte	624	20,23 %	541	18,12 %	578	15,83 %
Nouvelle-Calédonie	446	6,44 %	440	9,18 %	139	4,51 %
Polynésie française	689	9,89 %	653	3,00 %	208	20,93 %
Saint-Barthélemy	70	48,94 %	188	254,72 %	84	– 58,62 %
Saint-Denis de la Réunion	1 231	– 3,22 %	1 340	0,68 %	1860	– 5,58 %
Saint-Martin	114	22,58 %	196	63,33 %	235	– 25,87 %
Saint-Pierre-et-Miquelon	35	40 %	18	38,46 %	54	25,58 %
Total outre-mer	***7 302***	***23,22 %***	***7 471***	***19,61 %***	***6 450***	***– 2,69 %***
Total général	**182 916**	**4,30 %**	**186 493**	**– 0,30 %**	**169 177**	**– 2,35 %**

Activité des cours administratives d'appel

Les cours administratives d'appel confirment leur bonne santé, et ramènent leur délai prévisible moyen de jugement, pour la première fois de leur histoire, sous le seuil d'un an.

Affaires enregistrées

En 2011, les cours administratives d'appel ont enregistré 28 521 affaires en données brutes et 28 279 affaires en données nettes, soit, par rapport à 2010, une augmentation de 3,2 % en données nettes et de 2,7 % en données brutes.

À l'exception du contentieux de la police qui diminue de 14,7 %, on constate une augmentation dans toutes les matières principales : le contentieux des étrangers augmente de 4 %, et représente 40,6 % du total des entrées ; le contentieux fiscal augmente de 5,4 %, et représente 16,7 % des entrées ; le contentieux de l'urbanisme augmente de 4,1 %, et représente 6,7 % des entrées ; celui de la fonction publique augmente de 17,5 %, et représente 6,7 % des entrées ; celui des marchés augmente de 5 %, et représente 3,6 % des entrées ; celui de la santé publique augmente de 7,6 %, et représente 2,6 % des entrées.

Mais l'évolution des entrées, aussi bien globale que par matière, est variable selon les cours. Globalement, les entrées diminuent fortement à la CAA de Paris (– 9,6 %), mais progressent dans les sept autres cours. Progression modérée pour les CAA de Lyon, Marseille, Nancy et Versailles, où elle s'établit aux environs de 2,4 à 3 %. Augmentation plus sensible pour la CAA de Bordeaux, où elle atteint 7,8 %. Progression nettement plus forte enfin pour les CAA de Nantes, avec 17,6 % et de Douai avec plus de 20 %.

Cette progression est liée, d'une part, à celle des affaires jugées par les tribunaux administratifs et susceptibles d'appel et, d'autre part, à une légère progression du **taux d'appel** global, qui passe de 19,8 % en 2010 à 20,3 % en 2011. Cette hausse tient pour partie à l'évolution de la structure des jugements de première instance : place croissante du contentieux des étrangers, où le taux d'appel, s'il reste stable à 26,7 %, est nettement supérieur à la moyenne et à l'inverse, diminution du contentieux de la police, caractérisé par un taux d'appel (8,9 %) plus faible que la moyenne. Elle tient pour le reste à la progression du taux d'appel dans quelques matières, telles que la fiscalité ou la fonction publique.

Affaires réglées

En 2011, les cours ont jugé 29 866 affaires en données brutes et 29 314 affaires en données nettes, soit une progression de 3,8 % en données brutes et de 5,5 % en données nettes.

Cette augmentation est très marquée dans les CAA de Nantes (+ 18,3 %) et Marseille (+ 13 %). Elle est observée aussi, avec une moindre ampleur, dans les CAA de Versailles (+ 5,4 %), Paris (+ 3,6 %), Bordeaux (+ 2 %) et Lyon (+ 1,7 %). En revanche, les sorties diminuent très légèrement à la CAA de Douai (– 1,5 %) et à la CAA de Nancy (– 1,6 %).

Ces évolutions s'expliquent pour partie par celle de l'**effectif réel moyen** (ERM) des cours. Sur la totalité de celles-ci, l'ERM passe de 243 magistrats en 2010 à 251 magistrats en 2011, soit une progression de 3,3 %.

Mais l'augmentation globale des sorties s'explique aussi par une progression, conforme aux prévisions, du **nombre d'affaires traitées par magistrat**, qui passe en moyenne nationale de 114,5 en 2010 à 116,7 en 2011.

Taux de couverture et stock d'affaires en instance

Le **taux de couverture** *(ratio des affaires traitées sur les affaires enregistrées),* au niveau national, s'améliore : il s'établit en 2011 à 103,7 % contre 101,4 % en 2010. Il est nettement excédentaire dans les CAA de Paris (122 %), Lyon (117 %), et Marseille (105 %). Il est en léger déséquilibre dans les CAA de Versailles (97,4 %), Nancy (96,5 %) et Bordeaux (94,5). Ce déséquilibre est plus substantiel dans les CAA de Nantes (90,2 %) et Douai (88,2 %).

Le **nombre d'affaires en stock** s'établit, au 31 décembre 2011, à 28 186 dossiers en données nettes et 28 733 dossiers en données brutes, soit une diminution de 2,24 % en données nettes, et de 4,35 % en données brutes. Les principales matières dans le stock d'affaires en instance sont le contentieux des étrangers (30,7 % du total), le contentieux fiscal (23,3 %), le contentieux de l'urbanisme (7,9 %), celui de la fonction publique (7,2 %), celui de la police (5,5 %) et celui des marchés (5,4 %). Les autres matières représentent chacune moins de 5 % de la totalité du stock.

Cette diminution du stock, en données nettes, s'accompagne d'un rajeunissement. Les cours ne comptent plus, en effet, que 1 247 **affaires enregistrées depuis plus de 2 ans**, qui ne représentent plus, en moyenne nationale, que 4,4 % du stock total. Cette part est même partout inférieure à 3,5 % du stock, sauf à la CAA de Marseille, où elle a cependant été ramenée à moins de 12 %.

Délais

La conjonction de l'augmentation du nombre d'affaires jugées et de la diminution du nombre d'affaires en instance se traduit par une diminution du **délai prévisible moyen de jugement** qui, s'établissant en 2011 à 11 mois et 16 jours, **est inférieur à 1 an pour la première fois dans l'histoire des CAA**. Ce délai ne reste supérieur à 1 an que dans deux cours : à peine à Versailles (1 an 19 jours), plus nettement à Marseille (1 an 5 mois 27 jours), où il diminue cependant de 3 mois.

Le **délai moyen de jugement constaté** s'établit en appel, en 2011, à 1 an 1 mois, soit une réduction de 13 jours par rapport à 2010.

Ce délai, pour les seules **affaires ordinaires,** s'établit en 2011 à 1 an 2 mois 13 jours, soit une réduction de 23 jours par rapport à 2010.

***

Il n'est pas excessif de qualifier ces résultats de l'année 2011 de remarquables. Dans un contexte de reprise de la croissance du contentieux, et alors même qu'elle a eu à faire face à une réforme d'envergure d'un contentieux particulièrement présent devant son prétoire, la juridiction administrative a su poursuivre

son redressement. Cette réussite doit tout particulièrement à l'engagement résolu des magistrats, agents de greffe et agents d'aide à la décision, engagement auquel hommage doit être rendu. Grâce à ces efforts, la justice administrative est désormais en mesure de répondre aux justiciables, que ce soit en urgence ou dans les procédures ordinaires, avec toute la célérité requise, sans renier sa tradition de sécurité juridique.

Cette dynamique devrait se prolonger au cours des années à venir, car même si la demande de justice devrait continuer de croître, il semble que les juridictions, au vu des renforts programmés, auront les moyens d'y faire face avec sérénité. L'ampleur de l'effort accompli ces dernières années, qui se mesure aux résultats obtenus cette année, n'est pas pour rien dans cette perspective, et mérite donc d'être saluée à sa juste mesure.

Statistiques

Affaires enregistrées, affaires traitées et affaires en instance au 31 décembre 2011

	Données brutes			Données nettes		
	2010	**2011**	**Évolution 2011/2010**	**2010**	**2011**	**Évolution 2011/2010**
Affaires enregistrées	27 774	28 521	2,69 %	27 408	28 279	3,18 %
Affaires traitées	28 783	29 866	3,76 %	27 784	29 314	5,51 %
Affaires en instance	30 041	28 733	– 4,35 %	28 831	28 186	– 2,24 %
dont affaires de plus de 2 ans	*1 780*	*1 532*	*– 13,93 %*	*1 401*	*1 247*	*– 11 %*

Délais moyens de jugement en 2011

	Données brutes	**Données nettes**
Délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock	0 a 11 m 16 j	0 a 11 m 16 j
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification dit « délai constaté global »	1 a 1 m 7 j	1 a 1 m 0 j
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence)	1 a 1 m 10 j	1 a 1 m 3 j
Délai moyen de jugement des affaires de l'enregistrement à la notification (hors référés – procédures d'urgence et compte non tenu des ordonnances) – dit « délai constaté pour les affaires ordinaires »	1 a 2 m 17 j	1 a 2 m 13 j

Stock et flux, juridiction par juridiction, pour la période du 1er janvier au 31 décembre 2011

(données nettes, juridictions classées par ordre alphabétique)

	Affaires enregistrées		Affaires traitées		Affaires en instance	
	2011	**Évolution 2011/2010**	**2011**	**Évolution 2011/2010**	**2011**	**Évolution 2011/2010**
Bordeaux	3 431	7,83 %	3 242	1,95 %	2 676	11,59 %
Douai	2 032	20,81 %	1 793	– 1,48 %	1 489	18,93 %
Lyon	2 985	2,37 %	3 500	1,69 %	2 170	– 19,03 %
Marseille	4 847	2,50 %	5 095	12,97 %	7 602	– 3,26 %
Nancy	2 100	2,59 %	2 027	– 1,60 %	1 737	4,83 %
Nantes	3 161	17,64 %	2 852	18,29 %	2 798	18,86 %
Paris	5 394	– 9,56 %	6 588	3,57 %	5 272	– 16,28 %
Versailles	4 329	3,05 %	4 217	5,43 %	4 442	2,47 %
Total général	**28 279**	**3,18 %**	**29 314**	**5,51 %**	**28 186**	**– 2,24 %**

Activité des formations contentieuses du Conseil d'État

Affaires enregistrées

Le nombre total d'affaires enregistrées, en données nettes, est passé de 9 374 en 2010 à 9 346 en 2011 (– 1 %) et, en données brutes, de 10 268 en 2010 à 9 963 en 2011 (– 3 %). Le nombre d'affaires de premier ressort, en données nettes, a fortement diminué (– 25 %) en raison d'une baisse importante du nombre de requêtes en référé et du nombre d'affaires tendant au règlement des questions de compétence au sein de la juridiction administrative. S'y ajoute l'effet en année pleine du décret nº 2010-164 du 22 février 2010 relatif aux compétences et au fonctionnement des juridictions administratives, qui a substantiellement réduit les compétences en premier ressort du Conseil d'État. En revanche, le nombre des pourvois en cassation a progressé de manière significative, y compris les pourvois contre les décisions des juridictions administratives spécialisées et, en particulier, ceux dirigés contre les décisions de la Cour nationale du droit d'asile (+ 37 %). L'ensemble de ces pourvois représente, en données nettes, 64 % des entrées contre 61 % en 2010. Ces dossiers constituent une charge de travail plus importante pour la section du contentieux. Il est, par ailleurs, à noter que si le nombre de référés en premier ressort a diminué, les référés-liberté en appel ont fortement augmenté (+ 57 %). Parmi les affaires enregistrées en 2011, il faut signaler que l'entrée en vigueur au 1er octobre 2011 du décret du 1er août 2011 relatif aux recours contre les décisions de la Commission nationale d'aménagement commercial a entraîné le transfert au Conseil d'État de plus de 200 dossiers

qui étaient en instance devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. Enfin, en ce qui concerne les questions prioritaires de constitutionnalité, si l'on constate un léger fléchissement des entrées en 2011, leur nombre reste, toutefois, à un niveau élevé. En effet, au titre de ce nouveau droit ouvert aux justiciables depuis le 1er mars 2010, 77 dossiers ont été transmis en 2011 au Conseil d'État par les juridictions administratives (98 en 2010) tandis que 135 mémoires ont été présentés directement devant le Conseil d'État (158 en 2010). Ces derniers, qui se rattachent à une instance déjà en cours, ne sont pas pris en compte dans les statistiques des entrées.

Affaires réglées

En données brutes, le nombre de décisions rendues est passé de 11 690 en 2010 à 10 971 en 2011 (dont 144 décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier). Parmi celles-ci figurent notamment les décisions relatives aux questions prioritaires de constitutionnalité (mémoires se rattachant à une instance déjà en cours, le Conseil d'État n'ayant pas encore statué au fond). Quant aux affaires définitivement réglées, leur nombre est passé de 11 520 en 2010 à 10 827 en 2011. L'année 2011 se caractérise par une baisse significative en raison des diminutions des saisines, des ordonnances du juge des référés ainsi que des ordonnances du président de la section du contentieux réglant les questions de compétence au sein de la juridiction administrative. En revanche, le nombre d'affaires réglées en formation collégiale a progressé de 27 %. Le chiffre des sorties (10 827) comparé à celui des entrées (9 963) fait apparaître un excédent de plus de 800 affaires. Le stock des affaires en instance est ainsi passé de 8 283 en 2010 à 7 436 affaires en 2011, soit une diminution de 10,2 %.

Référés

En 2011, le juge des référés du Conseil d'État a été saisi de 412 requêtes contre 552 en 2010, soit une baisse de 25 % qui s'explique, en grande partie, par le transfert des affaires de refus de visa d'entrée en France, depuis le 1er avril 2010, au tribunal administratif de Nantes. Toutefois, le contentieux des étrangers représente encore, en 2011, une part importante du total des référés enregistrés soit 62,8 % (61 % en 2010). En effet, si le nombre de référés suspension a fortement diminué, en revanche, le nombre des référés-liberté, en appel, a progressé de 57 % en raison principalement du contentieux relatif aux demandes d'asile.

Dans le même temps, le Conseil d'État a été saisi de 805 pourvois en cassation contre des décisions rendues en matière de référé par les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel, contre 794 en 2010, soit une légère progression de 1,3 %. Les principaux domaines concernés sont l'urbanisme, la fonction publique, les marchés et contrats ainsi que le contentieux des étrangers ; ils représentent, à eux seuls, 62 % des entrées.

Délais

Les délais de jugement, en données nettes, sont sensiblement les mêmes qu'en 2010. Le délai prévisible moyen de jugement des affaires en stock[2] est passé de 9 mois en 2010 à 8 mois et 12 jours en 2011. Le délai moyen des pourvois en cassation, hors les décisions rendues en matière de référé, est de 13 mois et 28 jours en 2011 contre 14 mois en 2010. Le délai moyen de l'instance pour les affaires ordinaires est de 17 mois et 15 jours contre 17 mois en 2010. Cette légère augmentation du délai moyen est due au jugement prioritaire des affaires les plus anciennes. Il convient de souligner que le nombre de dossiers enregistrés depuis plus de deux ans a diminué de 25,8 %, passant de 670 à 497, et que la part de ces dossiers, qui représentait 9,9 % des affaires en instance au 31 décembre 2010, n'en représente plus que 7, 2 % au 31 décembre 2011.

Expérimentation des téléprocédures

Depuis l'année 2005, les avocats au Conseil d'État peuvent introduire devant le Conseil d'État, par la voie électronique, des pourvois en cassation pour les affaires relevant du contentieux fiscal de l'assiette. L'expérimentation de cette procédure, limitée au début à neuf avocats au Conseil d'État, a été étendue, depuis septembre 2008, à l'ensemble des avocats au Conseil d'État. Ainsi, en 2011, 379 pourvois ont été déposés par cette voie contre 391 en 2010 et 361 en 2009. La généralisation de cette procédure à l'ensemble des ministères est une priorité pour la juridiction administrative.

2 - Rapport entre le stock de fin d'année et la capacité de jugement durant l'année.

Statistiques

Tableau 1 – Affaires enregistrées et décisions rendues [a] par le Conseil d'État

	2007	2008	2009	2010	2011
Données brutes					
Affaires enregistrées Décisions rendues	11 745 12 527	11 840 11 714	11 361 11 106	10 268 11 690	9 963 10 971
Données nettes					
Affaires enregistrées Décisions rendues	9 627 9 973	10 250 10 304	9 744 10 059	9 374 10 105	9 346 9 936
Données nettes après déduction des ordonnances du président de la section du contentieux [b]					
Affaires enregistrées Décisions rendues	8 531 8 780	8 746 8 751	8 606 8 816	7 908 8 633	8 040 8 581

[a] Y compris les décisions qui ne règlent pas définitivement un dossier : celles-ci atteignent 144 en 2011 (soit 10 827 décisions qui règlent définitivement un dossier).
[b] Ordonnances prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.

Tableau 2 – Affaires enregistrées, réglées et en instance à la fin de la période considérée, Conseil d'État, cours administratives d'appel et tribunaux administratifs [a]

	Conseil d'État		Cours administratives d'appel		Tribunaux administratifs	
	2010	2011	2010	2011	2010	2011
Affaires enregistrées	9 374 (10 268)	9 346 (9 963)	27 408 (27 774)	28 279 (28 521)	175 377 (183 283)	182 916 (187 384)
Affaires réglées [b]	9 942 (11 520)	9 801 (10 827)	27 784 (28 783)	29 314 (29 866)	187 061 (194 020)	186 493 (192 147)
Affaires en instance [c]	7 284 (8 283)	6 880 (7 436)	28 831 (30 041)	28 186 (28 733)	173 246 (184 666)	169 177 (180 225)

[a] Les chiffres donnés entre parenthèses incluent les séries.
[b] Les chiffres indiquent le nombre de décisions qui règlent définitivement un dossier.
[c] Le stock, qui est donné à titre indicatif, ne résulte pas d'un inventaire direct.

Tableau 3 – Affaires enregistrées et décisions rendues par matière [a]

Matière	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2010	2011	2010	2011
Agriculture	127	173	189	197
Aide sociale	133	149	163	179
Armées	113	136	98	125
Collectivités territoriales	150	172	151	177
Comptabilité publique	7	29	3	29
Contentieux fiscal	1 505	1 380	1 261	1 685
Culture	12	13	15	22
Décorations	3	3	2	3
Domaine – voirie	125	112	160	97
Droits des personnes et libertés publiques	217	216	264	204
Économie	155	105	94	196
Éducation – recherche	58	68	97	64
Élections	117	112	154	90
Environnement	90	124	70	129
Établissements publics	6	12	15	8
Étrangers	1 442	1 301	1 923	1 477
Expropriation	53	36	63	41
Fonctionnaires et agents publics	1 174	1 239	1 907	1 361
Juridictions	106	89	362	91
Logement	90	97	69	84
Marchés et contrats	275	267	383	332
Pensions	736	609	709	926
Police	246	255	268	245
Postes et télécommunications	11	14	22	17
Professions	347	288	363	356
Radiodiffusion et télévision	57	70	61	67
Rapatriés	41	15	27	34
Santé publique	148	172	145	166
Sécurité sociale et mutuelles	69	77	51	100
Sports	29	25	23	29
Transports	25	30	56	38
Travail	216	291	218	214
Travaux publics	77	75	75	71
Urbanisme et aménagement	656	877	570	733
Divers	10	11	11	15

[a] A l'exclusion de celles des ordonnances du président de la section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.

Tableau 4 – Affaires enregistrées (sauf séries) d'après le mode de saisine du Conseil d'État

Mode de saisine	2010		2011	
	Nombre	%	Nombre	%
Premier ressort	2 067	22	1 549	17
Appels des jugements des tribunaux administratifs	299	3	359	4
Cassation des arrêts des cours administratives d'appel	2 867	31	3 006	32
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (référés)	720	8	768	8
Cassation des jugements des tribunaux administratifs (autres) [a]	1 178	13	1 261	13
Cassation des décisions des juridictions administratives spécialisées	886	9	1 047	11
Renvoi des tribunaux et des cours (compétence et connexité)	216	2	162	2
Demandes d'avis (art. L. 113-1 du code de justice administrative)	19	ns	18	ns
Divers	1 122	12	1 176	13
Total	**9 374**	**100**	**9 346**	**100**

[a] Jugements rendus en dernier ressort (art. 11 du décret du 24 juin 2003).

Tableau 5 – Affaires réglées [a] (sauf séries) par les différentes formations du Conseil d'État

	2010	2011
Assemblée du contentieux	14	20
Section du contentieux	25	21
Sous-sections réunies	1 280	1 469
Sous-sections jugeant seules	3 677	3 623
Ordonnances des présidents de sous-section	2 878	2 904
Ordonnances du président de la section du contentieux [b]	6	27
Ordonnances du juge des référés	596	363
Ordonnances du président de la section du contentieux [c]	1 466	1 374
Total	**9 942**	**9 801**

[a] Les chiffres indiquent le nombre de décisions qui règlent définitivement un dossier.
[b] Ordonnances prises au titre de l'article R. 122-12 du code de justice administrative.
[c] Ordonnances prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.

Tableau 6 – Durée des instances devant le Conseil d'État pour les décisions rendues

	2010		2011	
	(a)	(b)	(a)	(b)
Moins de 1 an	45 %	37 %	45 %	37 %
Entre 1 et 2 ans	37 %	42 %	35 %	40 %
Entre 2 et 3 ans	13 %	15 %	14 %	16 %
Plus de 3 ans	5 %	6 %	6 %	7 %

[a] Ensemble des décisions rendues (sauf séries).
[b] Déduction faite de celles des ordonnances du président de la section du contentieux prises au titre des articles R. 351-1 et suivants du code de justice administrative et des recours contre les décisions du bureau d'aide juridictionnelle.

Tableau 7 – Affaires en instance devant le Conseil d'État : ancienneté du stock

Affaires enregistrées	au 31/12/2010 sur 8 283 affaires	au 31/12/2011 sur 7 436 affaires
Moins de 1 an	65,4 %	71 %
Entre 1 et 2 ans	24,7 %	21,8 %
Entre 2 et 3 ans	8,3 %	6,4 %
Plus de 3 ans	1,6 %	0,8 %

Tableau 8 – Activité du juge des référés

Mode de saisine	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2010	2011	2010	2011
Premier ressort	**377**	**137**	**418**	**152**
Référé suspension (art. L. 521-1 du CJA)	324	99	363	114
Référé injonction (art. L. 521-2 du CJA)	38	19	40	19
Autres référés [a]	15	19	15	19
Appel (art. L. 521-2 et autres du CJA)	**175**	**275**	**178**	**222**
Total	**552**	**412**	**596**	**374**

[a] Référés relevant des articles L. 521-3, R. 531-1, R. 532-1, R. 541-1, L. 553-1 et L. 554-4 du CJA.

Tableau 9 – Pourvois en cassation dirigés contre les décisions rendues en matière de référé [a]

Décisions contestées	Affaires enregistrées		Décisions rendues	
	2010	2011	2010	2011
Ordonnances de référé prises au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du CJA	158	151	144	178
Ordonnances de référé suspension (art. L. 521-1) [b]	450	483	450	499
Ordonnances de référé en matière de contrats	76	77	75	80
Décisions rendues en matière de référé fiscal	2	4	0	3
Autres ordonnances de référé [b] [c]	108	90	117	114
Total	**794**	**805**	**786**	**874**

[a] Les chiffres incluent les séries.
[b] A l'exclusion des ordonnances rejetant, au titre de la procédure de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, les demandes de référé.
[c] Y compris les ordonnances prises au titre de l'article L. 521-3 du code de justice administrative.

1.2. Bilan d'activité des juridictions administratives spécialisées

Présentation sommaire

Diversité et spécificité : telle est la caractéristique de la trentaine de juridictions spécialisées qui existent dans l'ordre administratif

On recense aujourd'hui dans l'ordre juridique français une soixantaine de juridictions spécialisées, dont une trentaine relevant du domaine de la justice administrative. Peu connues, si ce n'est dans le cadre de contentieux très spécialisés, marquées par une forte diversité, en termes de compétences d'attribution, de taille, de modes de fonctionnent… les juridictions administratives spécialisées ne concourent pas moins pleinement à la mission de rendre une justice administrative de qualité.

La création des juridictions administratives spécialisées illustre en effet la nécessité de recourir, dans certains domaines de l'activité juridictionnelle, à une technicité particulière qui résulte de l'évolution à la fois des pratiques et des contenus professionnels. Elle permet, dans ce cadre, de répondre également au besoin de participation accrue des professionnels à l'organisation et à la gestion de leur champ d'activité. Le domaine de la discipline de certaines professions assujetties à des obligations déontologiques particulières a ainsi constitué un terrain privilégié pour le développement de juridictions spécialisées. La reconnaissance du caractère juridictionnel des organismes en cause a pour conséquence l'octroi de garanties procédurales étendues aux administrés intéressés.

Les juridictions spécialisées peuvent enfin être une réponse adaptée au développement d'un flux de contentieux très spécialisés, comme cela peut être observé dans le domaine social ou encore dans celui du droit des étrangers.

Le présent bilan propose un aperçu, non exhaustif, de l'activité de ces juridictions.

Caractéristiques communes attachées à leur institution et à leur fonctionnement

Le Conseil d'État apprécie la qualité de juridiction administrative spécialisée à l'aune des critères communs aux juridictions de l'ordre administratif. L'organisme en question doit disposer d'un pouvoir de décision[3] et il doit être collégial[4]. Par ailleurs, en vertu de sa décision d'assemblée du 12 décembre 1953, *de Bayo*[5], le Conseil d'État a posé la condition matérielle selon laquelle un organisme est une juridiction «*eu égard à la nature de la matière*» dans laquelle il intervient, «*quelles que soient les formes*» dans lesquelles il statue. L'exercice d'une mission de répression disciplinaire est décisif : il emporte en principe la qualification de juridiction de l'organisme considéré. Ainsi, par exemple, les conseils des ordres professionnels sont considérés comme ayant un caractère juridictionnel en tant seulement qu'ils statuent sur des poursuites disciplinaires et non en tant qu'ils exercent leurs autres attributions telle l'inscription au tableau de l'ordre.

Ces juridictions bénéficient d'un ensemble d'attributions et de prérogatives attachées à l'exercice de leur mission juridictionnelle. Elles sont soustraites au pouvoir hiérarchique et elles jouissent de l'indépendance attachée à l'exercice de la justice administrative. Leurs jugements sont investis de l'autorité de la chose jugée et les dommages éventuellement causés par leur contenu entraînent la responsabilité de l'État. Bien qu'elles puissent constituer des «*instances relevant d'autres personnes morales*» que l'État, les juridictions administratives spécialisées statuent en effet toutes au nom de ce dernier[6].

Les juridictions administratives spécialisées sont soumises aux mêmes garanties procédurales que les juridictions de droit commun qui concourent à préserver la qualité du procès administratif et la bonne administration de la justice. À ce titre et en vertu des dispositions de l'article L. 112-5 du code de justice administrative (CJA), «*Le Conseil d'État est chargé d'une mission permanente d'inspection à l'égard des juridictions administratives.*». La mission d'inspection permanente des juridictions administratives (MIJA) est plus particulièrement chargée de contrôler l'organisation et le fonctionnement des juridictions aux termes de l'article R. 112-1 du CJA. Elle peut ainsi être appelée à diligenter des missions de contrôle auprès des juridictions administratives spécialisées (voir *infra* 4.3.).

Les jugements des juridictions administratives spécialisées peuvent faire l'objet de recours en appel, de pourvoi en cassation, d'opposition ou de tierce opposition. Le contrôle en cassation relève de la compétence du Conseil d'État pour les juridictions administratives spécialisées statuant en premier et dernier ressort ou en dernier ressort. Il se fonde sur l'article L. 821-1 du code de justice administrative : «*Toutes les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions administratives peuvent être déférées au Conseil d'État par la voie du recours en cassation*».

La classification des juridictions administratives spécialisées

Les juridictions administratives spécialisées peuvent être recensées en vertu de leurs principaux domaines d'intervention : **le droit des étrangers, le domaine disciplinaire, la matière sociale.**

3 - CE, 13 février 1980, *Nal*, *Rec*. p. 82, concernant des commissions d'indemnisation des greffiers.
4 - CE, Sect. 20 novembre 1970, *Bouez et UNEF*, *Rec*. p. 690, *AJDA* 1971, p. 483.

5 - *Rec*. p. 544.
6 - V. CE, Sect. 27 février 2004, *Mme Popin*, *Rec*. p. 86, *AJDA* 2004, p. 653.

Le domaine du droit des étrangers compte l'une des plus importantes, en termes de flux contentieux, des juridictions administratives spécialisées : la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), compétente pour statuer, notamment, sur les recours formés contre les décisions de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) accordant ou refusant le statut de réfugié et la protection subsidiaire.

Le second domaine recouvre la discipline de certaines professions assujetties à des obligations déontologiques particulières. Le Conseil supérieur de la magistrature est ainsi une juridiction administrative spécialisée, lorsqu'il statue comme conseil de discipline des magistrats du siège [7]. Relèvent également de ce domaine spécialisé les juridictions disciplinaires régionales et nationales des ordres professionnels.

Le domaine social est également un secteur privilégié des juridictions administratives spécialisées. Relèvent ainsi de cette catégorie les juridictions de l'aide sociale avec, en appel, la Commission centrale d'aide sociale, ainsi que les tribunaux interrégionaux de la tarification sanitaire et sociale et, en appel, la Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale [8].

Quelques données d'activité relatives aux juridictions spécialisées sont détaillées ci-après dans le domaine du droit des étrangers, dans le domaine disciplinaire et dans le domaine social.

Activité des juridictions spécialisées en matière de droit des étrangers

Activité de la Cour nationale du droit d'asile en 2011

La Cour a connu, en 2011, une forte croissance de sa capacité de jugement et du nombre de décisions rendues, dans un contexte pourtant défavorable. Les recours ont en effet augmenté de 16,5 % en 2011, soit près de 7 points de plus que l'année précédente alors que, dans le même temps, les demandes d'asile devant l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) ne progressaient que de 8,2 % (10 % en 2010 ; *source : OFPRA*). L'accroissement du nombre de recours dépasse donc celui de la demande d'asile en France. Trois raisons expliquent cet écart : d'abord, une nouvelle progression du taux de recours contre les décisions de refus de l'OFPRA, qui atteint 85 % (+ 0,6 %). Ensuite une diminution du nombre de protections accordées par l'Office (10,8 % des demandes d'asile contre 13,5 % en 2010). Enfin, l'Office a traité davantage de demandes d'asile grâce au renfort de personnels décidé par les pouvoirs publics pour réduire les délais de traitement administratif des demandes d'asile. La progression de la capacité de jugement de la Cour, dans un contexte d'augmentation importante du nombre des recours, doit être soulignée.

En 2010, la Cour avait jugé 23 934 affaires. En 2011, elle a traité 34 595 dossiers, ce qui représente une augmentation de 44,6 %. Les délais moyens de jugement, qui avoisinaient 15 mois en 2010 ont été réduits à 9 mois et 5 jours en 2011, soit six mois de moins en l'espace d'une année.

Ces chiffres sont le résultat de la mise en œuvre du plan d'action pour la CNDA décidé par les pouvoirs publics en 2010 et fortement accentué en 2011. Ce plan s'est traduit par la création de 50 emplois en 2011, dont 40 de rapporteurs, qui sont venus renforcer la capacité d'instruction et de jugement de la juridiction, sans que le temps consacré à l'examen individuel des recours ait été dégradé.

Ces moyens nouveaux se sont accompagnés d'une profonde réorganisation interne de la juridiction.

La Cour a d'abord revu ses modalités d'enrôlement, en créant un service central d'enrôlement, en charge de la préparation des rôles, ce qui incombait jusqu'alors à chacune des divisions. L'objectif poursuivi traduit la volonté de rationaliser l'élaboration des rôles pour prendre en compte de façon centrale les contraintes multiples qui s'imposent à la Cour, tout particulièrement celles liées à l'interprétariat et à la présence des avocats aux audiences (85 % des recours sont présentés par des avocats).

La Cour a également poursuivi sa politique de dématérialisation. Depuis mai 2011, les recours, les pièces et les mémoires peuvent être adressés à la Cour par voie numérique. Six mois après le lancement de ce processus, un tiers des recours ont été reçus sous format dématérialisé, entraînant une profonde modification des méthodes de travail pour les agents de la Cour. Par ailleurs, les salles d'audience, rénovées en 2011, sont désormais équipées de postes informatiques permettant aux formations de jugement la consultation dématérialisée des dossiers.

Enfin, le vice-président du Conseil d'État a confié en 2011 à Christian Vigouroux, président adjoint de la section du contentieux, la présidence d'un groupe de réflexion chargé de proposer une révision des procédures de la Cour, en cherchant à compléter des dispositions lacunaires, à concilier au mieux la qualité de l'instruction des dossiers, la célérité et la sécurité juridique des procédures. Ce groupe de travail, qui a entendu l'ensemble des acteurs intéressés par l'activité de la Cour, a remis son rapport le 18 novembre 2011. Les propositions qui seront retenues seront intégrées dans la partie réglementaire du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

L'activité de la Cour présente en 2011 les caractéristiques suivantes :
– poursuite de la croissance du contentieux de l'asile ;
– progression sensible de l'activité juridictionnelle ;
– forte réduction du délai moyen de jugement ;
– diminution du nombre de dossiers en instance ;
– persistance d'un taux de renvoi très élevé ;
– augmentation du recours à l'aide juridictionnelle.

7 - Le Conseil relève alors du contrôle de cassation du Conseil d'État statuant au contentieux : CE, ass., 12 juillet 1969, *L'Étang,* Recueil p. 388.
8 - Art. L. 351-1 à L. 351-7 du code de l'action sociale et des familles.

Poursuite de la croissance du contentieux de l'asile

La CNDA connaît pour la troisième année consécutive une hausse des entrées, avec 31 983 recours. Cette croissance du contentieux de 16,5 % est la plus importante enregistrée depuis 2009, année de reprise de la hausse de la demande d'asile.

Les recours

2008	2009		2010		2011	
	Nombre	Évolution	Nombre	Évolution	Nombre	Évolution
21 636	25 044	15,8 %	27 44	9,6 %	31 983	16,5 %

Taux de recours – Le taux de recours contre les décisions de l'OFPRA, de 85 %, n'a jamais été aussi élevé (84,4 % en 2010, 82,7 % en 2009).

Stabilité des principaux pays d'origine des demandeurs d'asile – Les vingt premiers pays d'origine des demandeurs d'asile, qui représentent 85,6 % des recours, sont les suivants :

Pays	Nombre de recours	Part dans les entrées	Évolution par rapport à 2010
Bangladesh	3 550	11,1 %	69,9 %
Kosovo	3 018	9,4 %	3,0 %
Sri Lanka	2 672	8,4 %	28,2 %
Russie	2 326	7,3 %	19,8 %
Rép. dém. du Congo	1 975	6,2 %	14,3 %
Chine	1 974	6,2 %	80,1 %
Arménie	1 718	5,4 %	– 24,3 %
Turquie	1 472	4,6 %	– 13,8 %
Haïti	1 350	4,2 %	19,8 %
Guinée	1 152	3,6 %	– 0,7 %
Mauritanie	1 089	3,4 %	23,6 %
Algérie	733	2,3 %	26,4 %
Pakistan	680	2,1 %	63,1 %
Géorgie	608	1,9 %	70,8 %
Comores	564	1,8 %	65,9 %
Nigeria	542	1,7 %	10,2 %
Côte d'Ivoire	520	1,6 %	98,5 %
Soudan	476	1,5 %	– 2,1 %
Azerbaïdjan	470	1,5 %	– 1,5 %
ARYM*	437	1,4 %	109,1 %
Autres pays	4 657	14,5 %	-
Total général	**31 983**	**100 %**	**16,5 %**

** Ancienne République yougoslave de Macédoine*

Parmi ces pays, les dix premiers pays ont concentré à eux seuls, en 2011, 66,4 % de l'activité contentieuse de la Cour. L'évolution du nombre de recours présentés par les ressortissants de ces pays s'explique en grande partie par leur situation géopolitique.

Ainsi, la faible augmentation du nombre de recours présentés par des ressortissants du Kosovo s'explique par l'amélioration tendancielle des conditions de sécurité, quatre ans après l'indépendance du pays et 13 ans après la fin du conflit. Au Sri Lanka, si la situation de l'après-guerre continue de s'améliorer, le développement d'une violence quotidienne dans les zones reprises au mouvement séparatiste ainsi que les tensions liées à la reconstruction d'une représentation politique tamoule et à la persistance d'un appareil du LTTE en diaspora expliquent le maintien de la demande d'asile à un niveau relativement élevé. Les recours présentés par des ressortissants russes sont quant à eux avant tout le fait de ressortissants tchétchènes, daghestanais et ingouches. La situation, toujours précaire dans les républiques du Caucase, expliquerait la hausse de la demande russe.

Par ailleurs, la diminution des recours présentés par des ressortissants arméniens s'explique par l'amélioration du climat politique du pays où, depuis les violences post-électorales de mars 2008, deux amnisties sont intervenues pour les responsables de l'opposition. Enfin, la baisse de la demande présentée par des ressortissants guinéens peut être liée à l'arrivée au pouvoir, suite aux premières élections libres depuis 1958, d'un opposant au régime et à son incidence sur la situation des droits de l'homme.

L'augmentation des recours présentés par des ressortissants de République Démocratique du Congo correspond quant à elle à l'augmentation moyenne de la demande d'asile pour l'année 2011.

On observe que les recours des ressortissants du Bangladesh sont en augmentation de 44 % dans l'Europe des 27, dont plus de la moitié présentés en France. On constate que les ressortissants chinois demandant l'asile en France sont, pour la plupart, des Hans en provenance du Zhejiang et de provinces limitrophes. Aucune évolution notable de la situation géopolitique ne permet toutefois d'expliquer cette explosion des recours.

Enfin, la hausse de près de 20 % des recours des ressortissants haïtiens est liée à l'insécurité générale qui a suivi le dramatique séisme de janvier 2010.

Progression sensible de l'activité juridictionnelle

La Cour a jugé 34 595 affaires en 2011, soit 44,6 % de plus qu'en 2010.

Affaires jugées

2008	2009		2010		2011	
	Nombre	Évolution	Nombre	Évolution	Nombre	Évolution
25 027	20 240	19,1 %	23 916	18,2 %	34 595	44,6 %

Ce résultat a été rendu possible notamment par le plan d'action très vigoureux adopté au printemps 2010 et accentué en 2011 qui a porté le nombre d'emplois de rapporteurs de 95, fin 2010, à 135 fin 2011, accroissant ainsi fortement la capacité de jugement de la Cour. Il s'explique aussi par la profonde réorganisation interne mise en œuvre à la Cour.

Type de décisions		Total	Part
Ordonnances	Article R. 733-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – CESEDA (non-lieux, désistement, forclusions)	2 913	8.4 %
	Article R. 733-16 du CESEDA (recours ne présentant pas d'éléments sérieux)	4 706	13,6 %
Collégiales		26 976	78 %
Total		34 595	100 %

Décisions collégiales – Les formations de jugement ont rendu, en 2011, en données consolidées, 26 976 décisions au cours de 2 900 audiences.

Ordonnances – Les ordonnances consécutives à des désistements ou constatant des non-lieux ou des forclusions représentent 8,4 % des décisions rendues, contre 7,8 % en 2010. Les décisions prises par ordonnance après instruction par un rapporteur sur des recours qui « *ne présentent aucun élément sérieux susceptible de remettre en cause les motifs de la décision du directeur général de l'office* » représentent 13,6 % des décisions (12,4 % en 2010).

Taux d'annulation - En 2011, le taux d'annulation des décisions de l'OFPRA, conduisant à la reconnaissance de la qualité de réfugié ou au bénéfice de la protection subsidiaire, est, toutes décisions confondues, de 17,7 % (22,1 % en 2010).

Il est de 19,3% (24% en 2010) s'agissant des décisions statuant au fond, c'est-à-dire exclusion faite des ordonnances prononcées pour des non-lieux, forclusions et désistements.

Il est enfin de 22,7% pour les décisions prises par les formations collégiales.

Le taux d'annulation pour les vingt premiers pays est le suivant :

Pays	Affaires traitées en 2011	Annulations					Évolution des annulations par rapport à 2010
		Statut de réfugiés	% d'octroi	Protection subsidiaire	% d'octroi	Total annulation	
Kosovo	3 039	500	16,5 %	219	7,2 %	23,7 %	104,3 %
Sri Lanka	2 810	849	30,2 %	48	1,7 %	31,9 %	– 10,5 %
Bangladesh	1 986	338	17 %	10	0,5 %	17,5 %	0,9 %
Arménie	2 101	196	9,3 %	65	3,1 %	12,4 %	22,5 %
Russie	1 988	781	39,3 %	98	4,9 %	44,2 %	8,8 %
Rép. dém. Congo	1 896	275	14,5 %	31	1,6 %	16,1 %	– 13,3 %
Turquie	1 273	204	16 %	11	0,9 %	16,9 %	– 42,7 %
Guinée	1 422	207	14,6 %	62	4,4 %	18,9 %	10,7 %
Chine	255	21	8,2 %	3	1,2 %	9,4 %	71,4 %
Haïti	669	30	4,5 %	64	9,6 %	14,1 %	161,1 %
Mauritanie	1 018	167	16,4 %	22	2,2 %	18,6 %	60,2 %
Algérie	413	30	7,3 %	23	5,6 %	12,8 %	112,0 %
Soudan	585	187	32 %	45	7,7 %	39,7 %	149,5 %
Congo	531	47	8,9 %	13	2,4 %	11,3 %	– 28,6 %
Azerbaïdjan	520	124	23,8 %	11	2,1 %	26,0 %	53,4 %
Nigeria	461	19	4,1 %	27	5,9 %	10,0 %	0,0 %
Serbie	476	98	20,6 %	13	2,7 %	23,3 %	– 18,4 %
Pakistan	467	46	9,9 %	6	1,3 %	11,1 %	26,8 %
Géorgie	452	73	16,2 %	5	1,1 %	17,3 %	95,0 %
Angola	426	46	10,8 %	6	1,4 %	12,2 %	6,1 %
Autres Pays	4 188	690	16,5 %	413	9,8 %	26,3 %	-
Total général	**26 976**	**4928**	**18,3 %**	**1195**	**4,4 %**	**22,7 %**	**15,9 %**

Toute diminution des annulations qui porte sur des nationalités correspondant à un grand nombre de recours a pour effet direct de réduire sensiblement le taux moyen d'annulation.

En dépit d'une diminution du taux d'octroi de la protection conventionnelle ou subsidiaire par la Cour, la juridiction de l'asile continue néanmoins d'accorder un plus grand nombre de statuts de protection que l'OFPRA.

Forte réduction du délai moyen de jugement

Délai prévisible moyen	2009 (consolidé)	2010 (consolidé)	2011
Stock au 31 décembre	25 659	29 225	26 613
Décisions	20 143	23 934	34 595
Délai	15 mois 9 jours	14 mois 20 jours	9 mois 5 jours

Le délai prévisible moyen correspond au nombre de dossiers en stock en fin d'année divisé par le nombre d'affaires jugées pendant une année.

Délai moyen constaté des décisions collégiales

2009	2010	2011
12 mois 20 jours	12 mois 27 jours	11 mois 10 jours

Le délai moyen constaté des décisions collégiales correspond à la somme des délais de jugement des affaires traitées sur une période divisée par le nombre de dossiers effectivement jugés pendant la même période (prise en compte de l'ancienneté des dossiers).

Diminution du nombre de dossiers en instance – Le nombre des dossiers en instance devant la Cour nationale du droit d'asile en 2011 est de 26 613. Le stock de la juridiction a diminué de plus de 9 % en un an, alors même que les recours ont progressé de 16,5 %.

Persistance d'un taux de renvoi très élevé

Les renvois des affaires enrôlées ont dépassé 28,5 % en 2011.

Taux de renvoi moyen

2009	2010	2011
33,5 %	28,1 %	28,6 %

Les causes des renvois sont multiples. Certaines ont pour origine la difficulté pour la Cour de combiner les différentes contraintes d'enrôlement. D'autres tiennent à l'absence du requérant à l'audience pour raisons médicales et aux incidents de procédure liés à la défense.

Augmentation du recours à l'aide juridictionnelle (AJ)

	2009 (consolidé)	2010 (consolidé)		2011	
	Nombre	Nombre	Évolution	Nombre	Évolution
Demandes d'AJ	10 017	12 732	27,1 %	16 804	32 %
Décisions rendues	8 598	8 976	4,4 %	18 411	105,1 %
Dont admission	6 891	6 557	– 4,8 %	14 761	125,1 %
% d'admission	80,1 %	73,1 %		80,2 %	

L'aide juridictionnelle devant la Cour a connu, en 2011, deux évolutions législatives.

La première, résultant de l'article 95 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, qui modifie l'article L. 731-2 du CESEDA, exclut, sous certaines conditions, du bénéfice de l'aide juridictionnelle devant la CNDA les requérants en situation de réexamen.

La seconde concerne les modalités de demande de l'aide juridictionnelle. Le nouvel article L. 731-2 du CESEDA a encadré plus rigoureusement le délai dans lequel le requérant peut solliciter l'aide juridictionnelle (1 mois à compter de la notification de l'accusé de réception du recours). Cette disposition a commencé progressivement à produire ses effets en 2011, qui sont moins de diminuer les demandes d'aide que de rendre irrecevables celles qui seraient présentées tardivement.

Recours en cassation devant le Conseil d'État

En 2011, 140 décisions ont fait l'objet d'un pourvoi en cassation contre 107 décisions en 2010 et 46 en 2009.

	2009	2010		2011	
	Nombre	Nombre	Évolution	Nombre	Évolution
Pourvois introduits devant le Conseil d'État	46	107	132,6 %	140	30,8 %
Dont par le directeur de l'OFPRA	19	22	15,80 %	21	– 4,50 %
Dont par les requérants	16	81	406 %	119	46,9 %
Pourvois admis	30	26	– 13,3 %	34	30,8 %
Décisions censurées		20	22	10 %	

21 pourvois émanent de l'OFPRA, 119 des requérants. Après admission, le Conseil d'État s'est prononcé sur 34 pourvois (26 en 2010) et a censuré 22 décisions.

Activité des juridictions spécialisées en matière de discipline professionnelle

Le Haut Conseil du commissariat aux comptes, assisté par le Conseil national de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Institué par la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 dite « loi de sécurité financière » qui a créé un nouvel article L. 821-1 du code de commerce, il est l'autorité de contrôle externe de la profession. Institué auprès du garde des Sceaux, il assure la surveillance de la profession avec le concours de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Il est également investi de compétences juridictionnelles. Il est l'organe d'appel des chambres régionales en matière disciplinaire et en matière d'inscription ainsi que, sous le contrôle de la Cour de cassation, en matière d'honoraires.

Affaires en instance au 1er janvier 2011	4
Affaires enregistrées	13
Affaires jugées	7
Affaires en instance au 31 décembre 2011	10

La Chambre de discipline de la Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle (CNCPI) a été créée par loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990 ; son rôle et son mode de fonctionnement ainsi que les conditions et les modalités d'accès et d'exercice de la profession de Conseil en propriété industrielle sont définis dans le Livre 4 du code de propriété intellectuelle et l'arrêté du 29 juillet 1994 portant approbation de son règlement intérieur. En vertu de l'article L. 422-10 du code de la propriété intellectuelle, elle est compétente pour juger toute personne physique ou morale exerçant la profession de conseil en propriété industrielle qui se rend coupable soit d'une infraction définie par la loi ou ses textes d'application, soit de faits contraires à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse, même s'ils sont extraprofessionnels. Elle peut prononcer l'une des mesures disciplinaires suivantes : avertissement, blâme, radiation temporaire ou définitive.

Affaires en instance au 1er janvier 2011	13
Affaires enregistrées	3
Affaires jugées	11
Affaires en instance au 31 décembre 2011	2

Les sections disciplinaires et les sections des assurances sociales des conseils nationaux des ordres professionnels. Elles ont été instituées au bénéfice de nombreuses professions réglementées : architectes, chirurgiens-dentistes, experts-comptables, géomètres experts, infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues, orthophonistes, orthoptistes, médecins, pharmaciens, sages-femmes, vétérinaires…

Pour les professions médicales, de façon générale, les ***Chambres disciplinaires nationales des ordres*** sont compétentes pour connaître en appel des manquements aux règles déontologiques des décisions des chambres de première instance. Les ***sections des assurances sociales des Conseils nationaux*** sont pour leur part juges d'appel des décisions rendues en première instance par les sections des assurances sociales des conseils locaux des ordres concernés à la suite de plaintes formées par les organismes d'assurance maladie ou les médecins conseils de ces organismes à raison de fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession relevés à l'encontre des professionnels à l'occasion de soins dispensés aux assurés sociaux.

Aperçu statistique d'activité de juridictions spécialisées en matière de discipline professionnelle en 2011

	Affaires en instance au 1er janvier	Affaires enregistrées	Affaires jugées	Affaires en instance au 31 décembre
Conseil national de l'ordre des médecins				
Chambre disciplinaire nationale	282	364	304	342
Section des assurances sociales	121	110	133	98
Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes				
Chambre disciplinaire nationale	86	87	79	94
Section des assurances sociales	68	105	85	88
Conseil national de l'ordre des pharmaciens				
Chambre de discipline nationale	74	50	80	44
Section des assurances sociales	2	16	5	13
Conseil national – ordre des sages-femmes				
Chambre disciplinaire nationale	1	1	1	1
Section des assurances sociales	1	0	1	0
Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des infirmiers	NC	8	1	6
Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes.	NC	31	16	18
Chambre disciplinaire nationale de l'ordre des pédicures-podologues	7	11	11	7
Chambre supérieure de discipline de l'ordre des vétérinaires	13	51	12	39
Chambre nationale de discipline des architectes	67	16	0	83
Chambre nationale de discipline de l'ordre des experts-comptables	19	8	8	19
Conseil supérieur de l'ordre des géomètres experts	NC	21	23	16

Le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (CNESER) exerce le pouvoir disciplinaire en appel des décisions des sections disciplinaires des universités en vertu des dispositions des articles L. 231-6 et suivants du code de l'éducation. Il statue en appel et en dernier ressort sur les jugements rendus en matière contentieuse et en matière disciplinaire par les conseils académiques de l'Éducation nationale et sur les décisions prises par la commission des titres d'ingénieurs relativement aux écoles privées légalement ouvertes qui demandent à délivrer les diplômes d'ingénieur. Le CNESER disciplinaire intervient aussi en saisine directe quand la juridiction de première instance n'a pas statué dans les six mois qui ont suivi sa saisine par le chef d'établissement ou par le recteur.

Affaires en instance au 1er janvier 2011	65
Affaires enregistrées	142
Affaires jugées	89
Affaires en instance au 31 décembre 2011	99

Activité des juridictions spécialisées en matière sociale

La ***Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale*** est une juridiction administrative spécialisée qui connaît des litiges relatifs aux décisions par lesquelles les autorités publiques allouent des ressources aux établissements de santé et aux établissements et services sociaux ou médico-sociaux, publics ou privés. Elle statue en appel sur les affaires jugées en première instance par cinq tribunaux interrégionaux de la tarification sanitaire et sociale. Ces juridictions ont connu une importante réforme visant à en renforcer les garanties d'impartialité, conformément aux préconisations de l'étude du Conseil d'État sur *L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social*, publiée en avril 2004, afin de rendre leur composition et les règles de leur fonctionnement compatibles avec les principes généraux applicables à toutes les juridictions et les exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette réforme a été réalisée par l'ordonnance n° 2005-1088 du 1er septembre 2005 et son décret d'application n° 2006-233 du 21 février 2006. Les nouvelles dispositions ont été intégrées dans le code de l'action sociale et des familles.

Affaires en instance au 1er janvier 2011	24
Affaires enregistrées	19
Affaires jugées	16
Affaires en instance au 31 décembre 2011	17

La ***Commission centrale d'aide sociale*** se prononce sur les appels formés contre les décisions des commissions départementales (article L. 134-2 du code de l'action sociale et des familles) ; elle se prononce également, dans certains cas, en premier et dernier ressort (article L. 134-3). Ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours en cassation devant le Conseil d'État. La commission est une juridiction spécialisée, présidée par un magistrat qui se prononce en premier recours sur les décisions des commissions d'admission à l'aide sociale, ou des autorités (préfet, président du conseil général) décidant des attributions en matière d'aide sociale. La commission se prononce également sur les recours relatifs aux attributions des revenus minimum, de la couverture maladie universelle (pour la part complémentaire) et de la prestation spécifique dépendance (conditions administratives d'attribution et groupes iso-ressources (GIR)).

Affaires en instance au 1er janvier 2011	1 383
Affaires enregistrées	1 259
Affaires jugées	1 640
Affaires en instance au 31 décembre 2011	1 002

2. Bilan de la mise en œuvre des questions prioritaires de constitutionnalité

2.1. La question prioritaire de constitutionnalité : une innovation commune à l'ensemble de la juridiction administrative

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit un nouvel article 61-1 au sein de la Constitution qui permet à tout justiciable de soutenir, à l'occasion d'une instance juridictionnelle, *« qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit »*.

La mise en œuvre de cette réforme est organisée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, qui a modifié l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, et par le décret n° 2010-148 du 16 février 2010.

Le chapitre 1er de ce décret concerne les dispositions applicables aux juridictions administratives, codifiées aux articles R. * 771-3 et suivants du code de justice administrative. Ces dispositions prévoient que *« le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est soulevé […], à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Ce mémoire, ainsi que, le cas échéant, l'enveloppe qui le contient, portent la mention : **"question prioritaire de constitutionnalité"** »*.

Le dispositif est entré en vigueur au 1er mars 2010. Les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État ont rendu, en 2010 et en 2011, toute une série de décisions précisant le cadre de la nouvelle procédure.

L'activité du Conseil d'État est retracée sur son site Internet (www.conseil-etat.fr) à la rubrique « Question prioritaire de constitutionnalité ». Cette rubrique, qui présente la liste des dispositions législatives pour lesquelles le Conseil d'État a été saisi d'une QPC, est régulièrement mise à jour en fonction des résultats de l'instruction conduite par le Conseil d'État.

Le rapport public annuel du Conseil d'État présente, pour sa part, le bilan statistique de la mise en œuvre de cette nouvelle procédure par la juridiction administrative et fournit également quelques exemples marquants des décisions rendues par le Conseil d'État dans le courant de l'année 2011.

2.2. Mise en œuvre des questions prioritaires de constitutionnalité devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État

Le dispositif de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a été activement mis en œuvre par la juridiction administrative tout au long de l'année 2011.

Les tribunaux administratifs ont été saisis de 490 QPC en 2010 et 459 en 2011, soit 949 depuis le 1er mars 2010 et les CAA de 242 QPC en 2010 et 134 en 2011, soit 376 depuis le 1er mars 2010. Ce dispositif a été mis en œuvre dans l'ensemble des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, à l'exception d'un tribunal administratif en métropole et de deux tribunaux administratifs outre-mer.

En 2011, le rythme des QPC a légèrement décru. Il a été enregistré mensuellement dans les tribunaux administratifs une moyenne de 49 dossiers en 2010 et de 38 dossiers en 2011. La diminution est plus marquée dans les cours administratives d'appel : 24 dossiers y ont été enregistrés mensuellement en moyenne en 2010 et 11 en 2011.

Le principal pourvoyeur des questions prioritaires de constitutionnalité est, de très loin, le contentieux fiscal (45,7 % des QPC en première instance, 48,4 % des QPC en appel). Viennent ensuite le contentieux des collectivités territoriales (15,3 % en première instance ; 14,6 % en appel) et de la fonction publique (6,2 % en première instance ; 5,3 % en appel). Les autres principaux contentieux représentés (urbanisme, professions réglementées, police, pensions, étrangers, travail, aide sociale, et santé publique) représentent chacun moins de 5 % du total.

Au 31 décembre 2011, compte tenu du délai qui leur est imparti, les tribunaux administratifs avaient examiné 854 QPC (dont 300 au titre de l'année 2010 et 554 au titre de l'année 2011) et les 362 CAA (216 au titre de 2010 et 146 au titre de 2011). Ils en avaient transmis 163 au Conseil d'État (dont 71 au titre de 2011), soit un taux global de transmission de 13 % (10 % au titre de 2011).

Outre ces 163 transmissions des TA et CAA, le Conseil d'État a été saisi directement de 293 QPC et de 12 QPC par d'autres juridictions. Sur ce total de 468 QPC, il en avait examiné 431 au 31 décembre 2011, et transmis 111 au Conseil constitutionnel, soit un taux de transmission de 25,75 % sur la période 2010-2011.

2.3. Statistiques

Questions prioritaires de constitutionnalité devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel du 1er janvier au 31 décembre 2011 (sauf séries)

QPC enregistrées, traitées et en instance et taux de transmission au Conseil d'État

	QPC enregistrées	QPC traitées	Transmission au Conseil d'État		QPC en instance
			Nombre	Taux	
Tribunaux administratifs	459	554	50	9 %	95 (1)
Cours administratives d'appel	134	146	20	13,7 %	14 (2)
Total	**593**	**700**	**70**	**10 %**	**109**

(1) *Au titre des tribunaux administratifs :*
– *Total cumulé 2010-2011 des QPC enregistrées : 949 ;*
– *Total cumulé 2010-2011 des QPC traitées : 854.*
(2) *Au titre des cours administratives d'appel :*
– *Total cumulé 2010-2011 des QPC enregistrées : 376 ;*
– *Total cumulé 2010-2011 des QPC traitées : 362.*

Questions prioritaires de constitutionnalité devant le Conseil d'État du 1er mars 2010 au 31 décembre 2011 (sauf séries)

	2010 *du 01/03 au 31/12*	2011 *du 01/01 au 31/12*
1 – QPC enregistrées par mode de saisine	**256**	**212**
Mémoires présentés directement devant le Conseil d'État	158	135
Transmissions des TA et des CAA	92	70
Transmissions des juridictions administratives spécialisées	6	7
2 – QPC traitées par sens de décision	**230**	**201**
Transmission au Conseil constitutionnel ***Taux de transmission au Conseil constitutionnel***	60 ***26 %***	51 ***25 %***
Non-transmission avec sursis (question déjà posée au Conseil Constitutionnel)	22	-
Non-transmission au Conseil constitutionnel	118	131
Autres (non-examen de la QPC en cas d'irrecevabilité, non-lieu, désistement…)	30	19
3 – QPC en instance	**26**	**35**
4 – Sens des décisions rendues par le Conseil constitutionnel	**100 %**	**100 %**
Conformité	65,9 %	78,7 %
Non-conformité	24,4 %	21,3 %
Non-lieu à statuer	9,7 %	-

2.4. Analyse de décisions rendues par le Conseil d'État en matière de question prioritaire de constitutionnalité

Pour la deuxième année de fonctionnement de la QPC, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser la jurisprudence qu'il avait commencé à élaborer en 2010.

Le Conseil d'État a d'abord précisé sur quelles dispositions une QPC pouvait être formulée. Dans une décision du 18 juillet 2011, *Fédération nationale des chasseurs et Fédération départementale des chasseurs de la Meuse*, n° 340512, le Conseil d'État a ainsi précisé que les lois de programmation, prévues à l'antépénultième alinéa de l'article 34 de la Constitution, qui déterminent les objectifs de l'action de l'État et se bornent à fixer des objectifs à l'action de celui-ci, sont dépourvues de portée normative. Elles ne sauraient donc faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Le Conseil d'État a également été conduit (CE, 11 mars 2011, *M. Benzoni*, n° 341658) à réaffirmer qu'une disposition issue d'une ordonnance n'ayant pas fait l'objet d'une ratification ne constitue pas une disposition législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution. Il en résulte que ces dispositions ont un caractère réglementaire et ne sont pas au nombre des dispositions visées par l'article 61-1 de la Constitution ni par l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

Par ailleurs, dans une décision du 13 juillet 2011 (*Syndicat professionnel des radios et télévisions indépendantes, SARL 100 % radio et autres*, n° 347030), le Conseil d'État a précisé que des dispositions législatives reprises à l'identique d'un article de loi dont le Conseil constitutionnel (CC) a expressément examiné un alinéa dans ses motifs doivent être regardées, lorsque le dispositif de la décision du CC comporte une « clause balai » indiquant que les dispositions de la loi autres que celles censurées ne sont pas contraires à la Constitution, comme ayant déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du CC.

Enfin, le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser les conditions dans lesquelles pouvait être contesté un refus de transmission de QPC décidé par un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel.

D'une part, dans une décision du 1er février 2011 *(SARL Prototype Technique Industrie (Prototech)*, n° 342536), il a précisé que lorsqu'une cour administrative d'appel a refusé de transmettre au Conseil d'État la QPC qui lui avait été soumise, il appartenait à l'auteur de cette question de contester ce refus, à l'occasion du pourvoi en cassation formé contre l'arrêt qui statue sur le litige, dans le délai de recours contentieux et par un mémoire distinct et motivé. Cette décision affirme que les dispositions de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 n'ont ni pour objet ni pour effet de permettre à celui qui a déjà présenté une QPC devant une juridiction statuant en dernier ressort de s'affranchir des conditions selon lesquelles le refus de transmission peut être contesté devant le juge de cassation. Il ne peut donc que se fonder sur des griefs différents pour soumettre directement au Conseil d'État une QPC.

D'autre part, dans une décision du 30 décembre 2011 (*Mme C.*, n° 350412), le Conseil d'État a jugé que la décision par laquelle une cour administrative d'appel a refusé de transmettre une QPC doit, en vertu de l'article R. 771-9 du code de justice administrative, être contestée à l'occasion du pourvoi formé contre l'arrêt rendu au fond. Ce dernier suit les règles normales d'instruction de tels pourvois, et non les règles spéciales d'examen des QPC transmises ou déposées au Conseil d'État. En l'espèce, le Conseil d'État a regardé comme non sérieux le moyen de cassation soulevé par la requérante contre l'ordonnance de non-transmission de la QPC et, faute d'autres moyens sérieux dirigés contre l'arrêt rendu, il a refusé d'admettre le pourvoi.

Le règlement des litiges après le succès d'une QPC devant le Conseil constitutionnel

L'année 2011 a aussi donné l'occasion à l'assemblée du contentieux du Conseil d'État de préciser les effets des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une QPC. Par une décision n° 2010-108 QPC du 25 mars 2011, le Conseil constitutionnel avait jugé « *que, si, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration* ».

Le Conseil d'État en a déduit que lorsque le Conseil constitutionnel, après avoir abrogé une disposition déclarée inconstitutionnelle, use du pouvoir décrit ci-dessus, il appartient au juge, saisi d'un litige relatif aux effets produits par la disposition déclarée inconstitutionnelle, de les remettre en cause en écartant, le cas échéant d'office, cette disposition, dans les conditions et limites fixées par le Conseil constitutionnel ou le législateur. En l'espèce, l'assemblée du contentieux a jugé que le moyen tiré de l'abrogation des dispositions législatives relatives à la « cristallisation » des pensions par une décision du Conseil constitutionnel devait être soulevé d'office, même en cassation, emportant, d'une part, l'annulation du jugement ayant fait application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, pour le règlement du litige, l'obligation pour le juge d'écarter l'application des dispositions en question (13 mai 2011, *Mme M'Rida,* n° 316734).

Ce même pourvoi a conduit le Conseil d'État à préciser l'articulation entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité en jugeant qu'il appartient au juge du litige, s'il n'a pas fait droit à l'ensemble des conclusions du requérant en tirant les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition législative prononcée par le Conseil constitutionnel, d'examiner, dans l'hypothèse où un moyen en ce sens est soulevé devant lui, s'il doit, pour statuer sur les conclusions qu'il n'a pas déjà accueillies, écarter la disposition législative en cause du fait de son incompatibilité avec une stipulation conventionnelle ou, le cas échéant, une règle du droit de l'Union européenne dont la méconnaissance n'aurait pas été préalablement sanctionnée. En l'espèce, Mme M'Rida soulevait

un moyen tiré d'une méconnaissance des stipulations combinées des articles 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et 1er de son premier protocole. Le Conseil d'État a rappelé qu'il incombe au juge saisi d'un tel moyen, en premier lieu, d'examiner si le requérant peut être regardé comme se prévalant d'un bien au sens des stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel et, en second lieu, quand tel est le cas, si la disposition législative critiquée doit être écartée comme portant atteinte à ce bien de façon discriminatoire et, par suite, comme étant incompatible avec les stipulations de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Par deux autres décisions du même jour, le Conseil d'État a en outre précisé l'office du juge du litige dans l'hypothèse où un doute subsiste à la lecture du seul dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel sur la portée de l'abrogation qu'elle prononce. Le juge du litige peut prendre en compte pour interpréter cette décision les motifs qui en sont le support nécessaire. Saisi de la constitutionnalité des dispositions dites « anti-Perruche » de la loi du 4 mars 2002, le Conseil constitutionnel avait déclaré le dispositif transitoire prévoyant, au 2 du 2 de la loi du 11 février 2005, que ces dispositions étaient d'application immédiate et rétroactive à l'exception de celles où il a été irrévocablement statué sur le principe de l'indemnisation, contraire à la Constitution au motif qu'il n'existait pas d'intérêt général suffisant pour justifier la remise en cause des droits des personnes ayant, avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, engagé une procédure en vue d'obtenir la réparation de leur préjudice (décision QPC nº 2010-2 du 11 juin 2010). Le Conseil d'État a jugé qu'il résultait de cette décision et de ses motifs qui en étaient le support nécessaire qu'elle n'emportait abrogation du dispositif transitoire qu'en tant qu'il rendait les règles dites « anti-Perruche » applicables aux instances en cours à la date de leur entrée en vigueur, et non en tant qu'il s'appliquait à la réparation de dommages dont le fait générateur était antérieur à leur entrée en vigueur, mais qui, à cette date, n'avaient pas encore donné lieu à une action indemnitaire. Le Conseil d'État en a déduit, dans l'affaire *Lazare*, dans laquelle l'enfant était né en 1995 et l'instance engagée postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002, que le régime de responsabilité issu de celle-ci était applicable, alors que, dans l'affaire *Delannoy et Verzele*, il pouvait être écarté compte tenu des demandes d'expertise formées par les parents en vue d'obtenir réparation de leurs préjudices avant l'entrée en vigueur de la loi (*Mme Lazare*, nº 329290 ; *Mme Delannoy et Verzele*, nº 317808).

3. Analyse d'une sélection de décisions, d'arrêts et de jugements

3.1. Sélection de décisions juridictionnelles du Conseil d'État

Audiovisuel, Culture

L'article 32 de la loi du 30 septembre 1986 dispose, en son premier alinéa, que les autorisations d'exploitation de fréquences hertziennes « *sont publiées au Journal officiel de la République française avec les obligations dont elles sont assorties* » et, en son second alinéa que « *les refus d'autorisation sont motivés et sont notifiés aux candidats dans un délai d'un mois après la publication prévue à l'alinéa précédent* ». La circonstance qu'une décision de refus soit notifiée au-delà du délai d'un mois après la publication au *Journal officiel* des autorisations accordées pour cette zone, prévu à l'article 32 de la loi, est sans incidence sur la légalité de cette décision (18 novembre 2011, *Société Quinto Avenio*, nº 321410).

Comptabilité

Par une décision du 21 mars 2011 (*Mme Richard-Dubarry et Beausoleil*, nº 318825, 318951), la section du contentieux a précisé, s'agissant du partage du débet en cas de déclaration solidaire de plusieurs comptables de fait, les rôles respectifs du juge des comptes, du juge civil et du ministre chargé du budget sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Elle a rappelé qu'au stade de la déclaration de gestion de fait, il appartient au juge des comptes de déterminer si chacune des personnes mises en cause a participé de façon suffisamment déterminante aux opérations irrégulières pour être déclarée comptable de fait. Lorsque plusieurs personnes ont participé de façon indifférenciée et suffisamment déterminante aux opérations irrégulières, le juge des comptes les déclare solidairement comptables de fait.

La section a, en premier lieu, jugé, que dans une telle hypothèse, le lien de solidarité ainsi instauré entre elles ne peut plus être remis en cause à l'occasion du jugement du compte de cette gestion de fait, seul pouvant être discuté, à ce stade, le périmètre exact des opérations comptables auxquelles s'applique cette solidarité. Il appartient alors au juge des comptes de déterminer autant de lignes de compte qu'il y a de périmètres de solidarité entre les personnes déclarées

comptables de fait des deniers de la gestion. L'indivisibilité des opérations irrégulières, dont procède la solidarité, a pour corollaire que les contributions respectives au maniement irrégulier des deniers publics des différentes personnes constituées solidairement en débet au titre de cette ligne de compte sont nécessairement indifférenciées, sans que soient établies de distinctions entre les différents cogestionnaires. Il appartient ainsi au juge financier de préciser dans les motifs et le dispositif de son jugement que la quote-part de chacun d'entre eux résulte nécessairement, de ce fait, d'un partage au prorata du nombre de l'ensemble des comptables de fait par parts viriles du montant du débet. Le juge financier commet une erreur de droit en renvoyant les comptables de fait devant le juge civil pour la répartition de la dette.

La section a, en deuxième lieu, jugé que si le caractère solidaire de la mise en débet autorise la collectivité publique à se retourner contre l'une seulement des personnes constituées solidairement en débet pour obtenir le règlement de la totalité de celui-ci, dans une telle hypothèse, cette personne peut, après s'être acquittée de la dette, obtenir des codébiteurs qu'elle a ainsi libérés le remboursement de la somme correspondant à leur quote-part dans la dette commune au vu du jugement du juge des comptes, revêtu de la formule exécutoire, se prononçant expressément sur la répartition finale de la dette.

Enfin, la section, après avoir rappelé qu'un comptable de fait mis en débet peut, postérieurement à la mise en débet, solliciter auprès du ministre chargé du budget la remise gracieuse des sommes mises à sa charge, a jugé, d'une part, qu'il pouvait, le cas échéant, contester devant le juge de l'excès de pouvoir le refus opposé à sa demande et, d'autre part, que, en cas de remise gracieuse à l'un des comptables de fait solidairement tenus au débet, l'extinction de la dette vis-à-vis de ce dernier dispense l'ensemble des autres codébiteurs solidaires du paiement de celle-ci dans les limites du montant à hauteur duquel la remise a été accordée. Le créancier ne peut plus, dès lors, répéter la dette auprès des autres codébiteurs que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise ou, dans les cas d'octroi d'une remise partielle, du montant de celle-ci.

Contrats

Par une décision du 21 février 2011 (*Société Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont-Communauté*, nos 337349, 337394), le Conseil d'État a précisé l'office respectif des juges de l'injonction et du contrat en cas d'annulation d'un acte détachable d'un contrat administratif.

Rappelant que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement que le contrat en cause doive être annulé, il a jugé qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée.

Par sa décision du 21 mars 2011 dite *Commune de Béziers 2* (no 304806), la section du contentieux a jugé que le cocontractant peut, désormais dans tous les cas, exercer un recours de plein contentieux contre une mesure de résiliation de son contrat et l'assortir d'une demande de reprise des relations contractuelles. Il incombe alors au juge du contrat de décider si la mesure de résiliation est entachée de vices et si l'exécution du contrat doit être reprise, ou si les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité. Pour se déterminer, le juge du contrat doit apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et éventuellement aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse. Dans l'hypothèse où il fait droit à la demande de reprise des relations contractuelles, le juge peut également décider, si des conclusions sont formulées en ce sens, que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui aurait causé l'inexécution momentanée du contrat.

Dans la décision de section *Mme Gilles* (no 339409) du 11 juillet 2011, le Conseil d'État était saisi d'un litige opposant la société concessionnaire du Parc des Princes – situé sur le domaine public de la ville de Paris – et le sous-traitant de cette société. La section du contentieux, s'appuyant sur les jalons déjà posés par sa décision *Association Paris Jean-Bouin* du 3 décembre 2010, a d'abord choisi de qualifier de convention d'occupation domaniale, le contrat de concession conclu entre la ville et l'exploitant du stade ; la seule contrainte de mise à disposition des équipements du Parc des Princes par le concessionnaire, au profit de divers clubs sportifs, ne pouvait suffire à caractériser une délégation de service public. Le Conseil d'État s'est ensuite penché sur la question de sa compétence pour connaître d'un litige opposant ainsi l'occupant du domaine et son sous-occupant et a été confronté, ce faisant, à une difficulté d'interprétation de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Ce dernier attribue en effet à la juridiction administrative la résolution des litiges relatifs aux contrats portant occupation domaniale conclus par les personnes publiques « ou leurs concessionnaires », sans que soit précisé s'il s'agit là des concessionnaires de service public ou des concessionnaires du domaine. La question a donc été renvoyée devant le Tribunal des conflits. Statuant enfin sur les conclusions du sous-occupant reposant sur l'exécution fautive de la convention d'occupation initiale, à laquelle il n'était pas partie, le Conseil d'État a jugé que les tiers à un contrat ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat, à l'exception de ses clauses réglementaires, et ne peuvent dès lors exercer une action en responsabilité quasi délictuelle sur leur fondement.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Par une décision *Union nationale des clubs de football et autres* (n° 340122) du 24 février 2011, le Conseil d'État s'est notamment prononcé sur la conventionnalité de dispositions du code des sports relatives au dopage. La loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (HPST) a autorisé le Gouvernement à modifier le code du sport par ordonnance dans le but de renforcer l'efficacité des dispositifs de protection de la santé des sportifs et de lutte contre le dopage. Les dispositions combinées du 3° du I de l'article L. 232-5 et de l'article L. 232-15 du code du sport, dans leur rédaction résultant des articles 3 et 7 de l'ordonnance n° 2010-379 du 14 avril 2010 attaquée devant le Conseil d'État, ont ainsi instauré une obligation de localisation pour certains sportifs faisant partie d'un « groupe cible », désignés pour une année par l'Agence française de lutte contre le dopage (AFLD). Entre autres moyens de légalité interne, les requérants invoquaient l'inconventionnalité du dispositif au regard de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), au motif que l'obligation de localisation violerait le droit de ces sportifs au respect d'une vie familiale normale. Le Conseil d'État a constaté que lesdites dispositions encadrent strictement la localisation des lieux dans lesquels les contrôles de l'AFLD peuvent être diligentés ainsi que la période durant laquelle ces contrôles peuvent être effectués. Il a par ailleurs relevé qu'elles sont justifiées par les nécessités de la lutte contre le dopage. Il en a ainsi déduit que les articles 3 et 7 de l'ordonnance attaquée ne portent au droit au respect de la vie privée et familiale des sportifs concernés que des atteintes nécessaires et proportionnées aux objectifs d'intérêt général poursuivis par la lutte contre le dopage, comme la protection de la santé des sportifs ou la garantie de l'équité et de l'éthique des compétitions sportives.

Saisi d'une requête en annulation formée par un fonctionnaire de police contre une décision de mutation, le Conseil d'État devait trancher la question de l'invocabilité de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) à l'encontre d'une telle décision. La Haute Juridiction avait déjà eu l'occasion d'accueillir le moyen tiré de ce qu'une décision de mutation concernant un militaire méconnaissait l'article 8 de la CEDH, en raison du statut et des conditions de service propres à l'exercice de la fonction militaire. Le Conseil d'État a transposé cette solution aux fonctionnaires de police active qui, aux termes de l'article 19 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, constituent « *une catégorie spéciale dans la fonction publique en raison du caractère particulier de leurs missions et des responsabilités exceptionnelles qu'ils assument* » et sont ainsi « *soumis à des obligations particulières de durée d'affectation, de mobilité et de résidence* ». Pour autant, le Conseil d'État a rejeté la requête, dès lors que la mutation, qui ne constitue pas une sanction disciplinaire lorsqu'elle est fondée sur le motif de l'expiration de la durée maximale de séjour outre-mer, ne peut, compte tenu du statut de l'intéressé, des conditions de service propres à l'exercice de ses fonctions de fonctionnaire actif des services de la police nationale et de l'intérêt du service justifiant de limiter la durée d'affectation de ces fonctionnaires dans les départements et collectivités d'outre-mer, être regardée comme portant une atteinte disproportionnée au respect de sa vie privée et familiale, au sens des stipulations de l'article 8 de la CEDH (*M. Le Rasle*, 2 février 2011, n° 326768).

La mère d'un mineur s'étant opposée sans succès à la diffusion du témoignage de son fils dans le cadre d'un reportage, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a mis en demeure la chaîne de télévision TF1 de se conformer aux décisions prises par lui dans le cadre de ses missions, dévolues par la loi, de protection de l'enfance, de l'adolescence et du respect de la dignité de la personne dans les programmes audiovisuels. La chaîne de télévision a exercé un recours en annulation contre les décisions de mise en demeure en soutenant, notamment, qu'elles violaient l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des libertés et des droits fondamentaux (CEDH) relatif à la liberté d'expression. Dans une décision rendue le 16 mars 2011 (*Société Télévision française 1*, n° 334289), le Conseil d'État a rappelé que si les stipulations du paragraphe 1 de l'article 10 de la CEDH reconnaissent à toute personne « le droit à la liberté d'expression », il résulte du paragraphe 2 du même article que l'exercice de cette liberté peut être soumis à des restrictions prévues par la loi et justifiées, notamment, par la nécessité d'assurer « la protection des droits d'autrui ». L'interdiction énoncée par le CSA de diffuser, sans l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale, une émission à laquelle participe un mineur en situation difficile dans sa vie privée, entre dans les prévisions du paragraphe 2. La circonstance que cette règle s'impose même dans les cas où l'identité du mineur serait dissimulée ne constitue pas, au regard de la nécessité de la protection de l'enfance et de l'adolescence, une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression en l'absence d'un motif d'intérêt général susceptible de justifier que l'autorisation des titulaires de l'autorité parentale ne soit pas recueillie.

Cultes

Le 19 juillet 2011, l'assemblée du contentieux a statué sur cinq affaires concernant des décisions de collectivités territoriales intéressant les cultes de manière plus ou moins directe. Dans ces affaires, elle a rappelé que si la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Églises et de l'État interdit d'apporter une aide à l'exercice d'un culte, elle prévoit cependant des dérogations à ce principe. Ainsi, les collectivités publiques peuvent financer les dépenses d'entretien et de conservation des édifices du culte dont elles sont demeurées ou devenues propriétaires lors de cette séparation, ou encore accorder des concours aux associations cultuelles pour des travaux de réparation d'édifices cultuels. Cette loi doit par ailleurs être articulée avec d'autres lois qui y apportent des tempéraments, voire dans certains cas qui y dérogent, conduisant alors à écarter son application. Enfin, lorsque les collectivités territoriales prennent des décisions, notamment financières, en rapport avec des édifices ou des pratiques cultuels, elles ne peuvent le faire dans le respect de la loi du 9 décembre 1905 qu'à la condition que ces décisions répondent à un intérêt public local, qu'elles respectent le principe de neutralité à l'égard des cultes et le principe d'égalité, et qu'elles excluent toute libéralité et, par suite, toute aide à un culte. Ainsi, cette loi ne fait pas obstacle à ce qu'une commune acquière un orgue et l'installe dans une Église, sous réserve qu'existe un intérêt public local (se rattachant par exemple à l'organisation de cours de musique ou de concerts), et qu'un accord avec l'affectataire

ou le propriétaire de l'édifice garantisse une utilisation de l'orgue par la commune conforme à ses besoins et une participation financière du desservant proportionnée à l'utilisation qu'il pourra en faire (Ass., 19 juillet 2011, *Commune de Trélazé*, n° 308544).

La loi du 9 décembre 1905 ne s'oppose pas non plus, sous certaines conditions, à ce qu'une commune finance des travaux autres que des travaux d'entretien ou de conservation d'un édifice cultuel, soit en les prenant en tout ou partie en charge, soit en accordant une subvention, en vue de la réalisation d'un équipement ou d'un aménagement en rapport avec cet édifice. La première condition est que l'équipement ou l'aménagement présente un intérêt public local et ne soit pas destiné à l'exercice du culte. La seconde condition, exigée lorsque la collectivité accorde une subvention pour financer les travaux, consiste dans la garantie que cette participation ne sera pas versée à une association cultuelle et sera exclusivement affectée au financement du projet. La circonstance qu'un équipement ou un aménagement remplissant ces conditions soit, par ailleurs, susceptible de bénéficier à des personnes qui pratiquent le culte ne saurait affecter la légalité de la décision de la collectivité. En l'espèce, l'assemblée a jugé que l'attribution, par la commune de Lyon, d'une subvention pour la réalisation d'un ascenseur facilitant l'accès des personnes à mobilité réduite à la basilique de Fourvière, projet d'intérêt communal touristique et économique, n'était pas contraire à la loi du 9 décembre 1905 (Ass., même jour, *Fédération de la libre pensée et de l'action sociale du Rhône et M. P.*, n° 308817).

L'assemblée s'est aussi penchée sur les conditions dans lesquelles une communauté urbaine peut décider d'aménager un équipement pour l'exercice de l'abattage rituel. La loi du 9 décembre 1905 ne fait pas obstacle à ce qu'une communauté urbaine construise ou acquière un tel équipement à la double condition, d'une part, que cette intervention soit justifiée par un intérêt public local, tenant notamment à la nécessité que les cultes soient exercés dans des conditions conformes aux impératifs de l'ordre public (en particulier la salubrité et la santé publiques) et, d'autre part, que le droit d'utiliser l'équipement soit concédé dans des conditions, notamment tarifaires, qui respectent le principe de neutralité à l'égard des cultes et le principe d'égalité et qui excluent toute libéralité (Ass., même jour, *Communauté urbaine du Mans – Le Mans Métropole*, n° 309161).

En ce qui concerne l'utilisation de salles polyvalentes, l'assemblée a jugé que la décision d'une commune propriétaire d'un local de laisser ce dernier, de façon exclusive et pérenne, à la disposition d'une association pour l'exercice d'un culte a pour effet de transformer ce local en édifice cultuel. Dès lors, si une commune peut, en vertu de l'article L. 2144-3 du code général des collectivités territoriales (CGCT), autoriser l'utilisation d'un local lui appartenant pour l'exercice d'un culte par une association, c'est sous réserve que soit respecté le principe d'égalité à l'égard des cultes, que les conditions financières de cette autorisation excluent toute libéralité, et que cette autorisation ne conduise pas à une mise à disposition pérenne et exclusive contraire à la loi du 9 décembre 1905 (Ass., même jour, *Commune de Montpellier*, n° 313518).

Enfin, l'assemblée a précisé la portée des dispositions de l'article L. 1311-2 du CGCT permettant aux collectivités territoriales de conclure un bail emphytéotique administratif (BEA) en vue de la construction d'un nouvel édifice cultuel. Elle a jugé que les modifications apportées à cet article par l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 n'avaient fait qu'expliciter sa portée exacte et que la conclusion d'un tel bail était donc possible avant cette ordonnance. Elle a ensuite jugé que le dispositif ainsi instauré par le législateur, ouvrant aux collectivités la faculté, dans le respect du principe de neutralité à l'égard des cultes et du principe d'égalité, d'autoriser un organisme qui entend construire un édifice cultuel à occuper pour une longue durée une dépendance de leur domaine dans le cadre d'un BEA, avec pour contreparties, d'une part, le versement par l'emphytéote d'une redevance qui ne dépasse pas en principe un montant modique et, d'autre part, l'incorporation dans leur patrimoine, à l'expiration du bail, de l'édifice construit, dont elles n'auront pas supporté les charges de construction, d'entretien ou de conservation, dérogeait nécessairement à la loi du 9 décembre 1905. Par suite, si la délibération par laquelle une collectivité décide de conclure un BEA pour la construction d'un édifice cultuel doit respecter les règles applicables à un tel contrat, les dispositions de cette loi ne lui sont pas applicables (Ass., même jour, *Mme V.*, n° 320796).

Droit international

Le Conseil d'État était saisi en cassation d'un litige mettant en présence d'anciens employés de l'ambassade en France d'un autre État qui, n'ayant pu obtenir, en raison de l'immunité d'exécution dont celui-ci bénéficiait, l'exécution d'une décision juridictionnelle le condamnant à leur verser diverses sommes dues à la suite de leur licenciement, avaient saisi le ministre français compétent d'une demande de réparation sur le terrain de la responsabilité sans faute de l'État. La section du contentieux, transposant la solution dégagée s'agissant des lois et des engagements internationaux régulièrement introduits dans l'ordre interne, a admis que la responsabilité de l'État soit engagée sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques dans le cas où l'application de règles coutumières du droit international entraîne un préjudice grave et spécial. Elle le déduit du quatorzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, dont il résulte que les règles coutumières du droit international sont, sauf si la loi en dispose autrement, applicables en droit interne. En l'espèce, après avoir relevé que le préjudice invoqué présentait un caractère grave et spécial, et exclu que soit opposée aux requérants l'acceptation par eux du risque lié à l'immunité d'exécution dont bénéficie l'autre État, la section accepte de condamner l'État à verser une partie des dommages et intérêts demandés (*14 octobre 2011, Mme Saleh et autres,* n°s 329788, 329789, 329790, 329791).

À l'occasion d'un litige soulevant la question de la compatibilité des stipulations de l'accord du 27 mai 1997 conclu entre la France et la Russie pour régler la question des emprunts russes avec la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil d'État a précisé, par sa décision d'assemblée du 23 décembre 2011, *M. Kandyrine* (n° 303678), les modalités d'articulation dans l'ordre juridique interne des traités internationaux entre eux.

Par cette décision, le Conseil d'État décide qu'il n'appartient pas au juge administratif, lorsqu'il est saisi d'un recours contre un acte portant publication d'un traité ou d'un accord international, de se prononcer sur la validité de ce traité ou de cet accord au regard d'autres engagements internationaux de la France, et confirme ainsi qu'il n'y a pas dans l'ordre juridique interne de hiérarchie entre les traités.

Il juge aussi que, lorsqu'est invoqué, à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative faisant application des stipulations inconditionnelles d'un traité ou d'un accord international, un moyen tiré de l'incompatibilité de ces stipulations avec celles d'un autre traité ou accord international, il incombe au juge administratif :

1°) de définir, conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales, les modalités d'application respectives des normes internationales en débat conformément à leurs stipulations, de manière à assurer leur conciliation, en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle et des principes d'ordre public ;

2°) en cas de difficulté persistante de conciliation de ces conventions internationales, de faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer, en écartant en conséquence le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée, sans préjudice des conséquences qui pourraient en être tirées en matière d'engagement de la responsabilité de l'État tant dans l'ordre international que dans l'ordre interne.

Droits civils et individuels

En application de l'article L. 811-1 du code de l'éducation, les usagers du service public de l'enseignement supérieur bénéficient, dans certaines limites, des libertés d'expression et de réunion à l'intérieur de l'établissement. Par une ordonnance du 7 mars 2011, *École normale supérieure* (n° 347171), le juge des référés du Conseil d'État rappelle que tout établissement d'enseignement supérieur doit veiller à la fois à l'exercice des libertés d'expression et de réunion des usagers du service public de l'enseignement supérieur et au maintien de l'ordre dans les locaux, ainsi qu'à l'indépendance intellectuelle et scientifique de l'établissement, dans une perspective d'expression du pluralisme des opinions. En l'espèce était en cause la décision de la direction de l'École normale supérieure refusant au « collectif Palestine ENS » une salle pour tenir des réunions de soutien à une campagne politique internationale, « *Israeli Apartheid Week* », menée en faveur du boycott des échanges scientifiques et économiques avec un État. Le juge des référés, après avoir relevé que ce refus était motivé par le souci de ne pas associer dans l'opinion publique l'École normale supérieure à cette campagne politique, constate que la décision en question concilie la liberté d'expression et la liberté de réunion avec la prévention des risques de trouble à l'ordre public. Considérant en outre que les réunions pouvaient se tenir dans d'autres lieux, le juge des référés a rejeté le référé-liberté formé contre cette décision.

Le Conseil d'État était saisi par l'association « S.O.S. Racisme – Touche pas à mon pote » d'un recours en excès de pouvoir dirigé contre deux circulaires du 5 août 2010 et du 13 septembre 2010 prises par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales et relatives à l'évacuation des campements illicites. Par la première de ces deux circulaires, le ministre donnait instruction à ses services de faire évacuer de manière prioritaire les campements illicites de Roms. Par une décision du 7 avril 2011, le Conseil d'État a annulé ce texte en jugeant que l'objectif, invoqué par le ministre, de protection du droit de propriété et de prévention des atteintes à la salubrité, la sécurité et la tranquillité publiques, ne l'autorisait pas à mettre en œuvre, en méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, une politique d'évacuation des campements illicites désignant spécialement certains de leurs occupants en raison de leur origine ethnique (*Association SOS Racisme-Touche pas à mon pote*, n° 343387). En revanche, le Conseil d'État a rejeté les conclusions de la requête dirigées contre la seconde circulaire du 13 septembre 2010 en relevant que si cette circulaire prescrit la poursuite de la politique d'évacuation des campements illicites, elle rappelle le cadre légal dans lequel de telles opérations doivent être conduites, et indique que celles-ci doivent concerner toute installation illégale, quels qu'en soient les occupants, sans réitérer les dispositions illégales de la circulaire précédente.

Le décret du 30 décembre 2005, pris pour l'application du règlement européen du 13 décembre 2004 et modifié par le décret du 30 avril 2008, prévoyait l'inclusion dans les passeports d'un composant électronique contenant les informations censées figurer sur le document ainsi qu'une image numérisée du demandeur et deux empreintes digitales. De plus, il créait un fichier national sur lequel étaient conservées l'image numérisée du demandeur et huit empreintes digitales. Saisi de plusieurs recours contre ce décret, le Conseil d'État dans sa décision du 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres* (n° 317827 et autres), a jugé que la finalité de la consultation des empreintes digitales contenues dans le traitement automatisé (qui est de confirmer que la personne présentant une demande de renouvellement d'un passeport est bien celle à laquelle le passeport a été initialement délivré ou de s'assurer de l'absence de falsification des données contenues dans le composant électronique du passeport) peut être atteinte de manière suffisamment efficace en comparant les empreintes figurant dans le composant électronique du passeport avec celles conservées dans le traitement, sans qu'il soit nécessaire que ce dernier en contienne davantage. Dès lors, le Conseil d'État a annulé le décret en tant qu'il prévoyait la collecte et la conservation d'un plus grand nombre d'empreintes digitales que celles figurant dans le composant électronique, qui ne sont ni adaptées, ni nécessaires, ni proportionnées à la finalité du traitement.

Cette décision a été également l'occasion pour l'assemblée du contentieux d'apporter une précision importante sur le contrôle opéré sur l'architecture des traitements informatisés. Ainsi, après avoir relevé que le caractère centralisé du traitement a pour but de faciliter les démarches des usagers, de renforcer l'efficacité de la lutte contre la fraude documentaire et de garantir une meilleure protection des données recueillies, il a été jugé que ces finalités sont au nombre de celles qui justifient qu'il puisse être porté, par la création d'un traitement centralisé de données à caractère personnel, atteinte au droit des individus au respect de leur vie privée. Dès lors, compte tenu des restrictions et précautions dont il est assorti, le traitement mis en œuvre a été jugé en adéquation avec ses finalités légitimes et ne porte pas au droit des individus au respect de leur vie privée une atteinte disproportionnée aux buts de protection de l'ordre public en vue desquels il a été créé.

Enfin, le Conseil d'État a rappelé que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, pas plus que le droit de la concurrence, ne fait obstacle à ce que les personnes publiques satisfassent, par leurs propres moyens, aux besoins résultant des missions qui leurs sont confiées, plutôt que de recourir aux prestations et fournitures de tiers. En l'espèce, et quand bien même ce dispositif aurait pour

conséquence de priver les professionnels de la photographie d'une partie de leur activité liée à la réalisation des photographies d'identité exigées pour l'établissement des passeports, la possibilité pour les agents chargés de l'instruction des demandes de passeports de prendre eux-mêmes des clichés numériques du visage des demandeurs ne fournissant pas de photographie d'identité, dès lors que ces clichés ne sont pas remis aux demandeurs et sont exclusivement utilisés pour collecter des données nécessaires à l'administration, est légale.

Élections

Saisie de protestations contre les élections régionales d'Ile-de-France, l'assemblée du contentieux a précisé la notion de campagnes de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité au sens de l'article L. 52-1 du code électoral. Elle a jugé que des opérations d'affichage massives sur l'action et les projets d'une collectivité, qui ont pour effet non de diffuser de simples informations, mais de valoriser, par des messages promotionnels, l'action de la collectivité, constituent de telles campagnes. Elle a ajouté qu'en l'espèce, eu égard à la nature et l'ampleur des opérations en cause, leur récurrence n'était pas de nature à leur retirer le caractère de campagnes prohibées. Constatant que cette irrégularité n'avait altéré la sincérité du scrutin qu'en ce qui concerne le dernier siège à pourvoir, elle a annulé l'élection du conseiller élu sur ce siège, laissé vacant. L'assemblée a par ailleurs précisé la portée de l'inéligibilité prévue par l'article L. 118-3 du code, qui *« constitue une sanction ayant le caractère d'une punition »*. Par suite, lorsqu'il est saisi de conclusions tendant à ce qu'un candidat dont le compte est rejeté soit déclaré inéligible, le juge de l'élection doit appliquer, le cas échéant, une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date des faits et celle à laquelle il statue. Dès lors que les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 118-3 dans leur rédaction issue de la loi n° 2011-412 du 14 avril 2011 définissent de façon plus restrictive les cas dans lesquels un candidat encourt l'inéligibilité, elles constituent une loi nouvelle plus douce, immédiatement applicable. Pour déterminer si un manquement est d'une particulière gravité au sens de ces dispositions, le juge doit apprécier s'il s'agit d'un manquement caractérisé à une règle substantielle relative au financement des campagnes électorales et s'il présente un caractère délibéré, et tenir compte en outre, en cas de manquement à l'article L. 52-8 du code, de l'importance de l'avantage irrégulièrement consenti et du point de savoir s'il a pu porter atteinte, de manière sensible, à l'égalité entre les candidats. En l'espèce, le manquement commis n'était pas d'une particulière gravité au sens de l'article L. 118-3 (Ass., 4 juillet 2011, *Élections régionales d'Ile-de-France*, nos 338033 et 338199).

Par sa décision du 30 novembre 2011 (*Torregrosa*, n° 348161), la section du contentieux a rejeté pour tardiveté le recours formé par un électeur contre la désignation de M. Brice Hortefeux au Parlement européen. Cet électeur avait attaqué la lettre du 16 mars 2011 par laquelle le ministre chargé des affaires européennes avait informé le président du Parlement européen de la désignation de M. Hortefeux comme membre du Parlement européen en remplacement de Mme Catherine Soullie. Cette dernière l'avait elle-même remplacé à cette fonction après la nomination de M. Hortefeux comme ministre de l'intérieur à la suite des élections européennes du 7 juin 2009. La section du contentieux a d'abord estimé qu'en demandant l'annulation de cette lettre, l'électeur requérant contestait la désignation de M. Hortefeux comme membre du Parlement européen et que, par suite, sa requête avait le caractère d'une protestation en matière électorale. La section du contentieux a ensuite fait application des dispositions de l'article 25 de la loi du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen et a jugé que le délai de recours spécial de dix jours prévu par ces dispositions courait à compter de l'installation du nouveau représentant dans ses fonctions. L'installation de M. Hortefeux s'étant tenue lors de la séance publique du Parlement européen du 24 mars 2011, le délai de dix jours, qui n'est pas un délai franc, expirait le 4 avril 2011 à vingt-quatre heures : la protestation, enregistrée le 5 avril 2011, a donc été rejetée comme irrecevable en raison de sa tardiveté.

Énergie

L'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE), regroupant plusieurs fournisseurs « alternatifs » de gaz, a demandé au juge des référés du Conseil d'État la suspension de l'arrêté du 29 septembre 2011 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez. La contestation portait sur le fait que cet arrêté refusait d'appliquer la formule tarifaire prévue par l'arrêté du 9 décembre 2010. En premier lieu, pour estimer que les moyens présentés par l'ANODE étaient, en l'état de l'instruction, de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté du 29 septembre 2011, le juge des référés du Conseil d'État a relevé, d'une part, que la Commission de régulation de l'énergie avait estimé, dans son avis du 29 septembre 2011, que l'évolution des tarifs fixée par l'arrêté contesté ne suffisait pas à couvrir les coûts d'approvisionnement de GDF Suez au 1er octobre 2011, l'application de la formule tarifaire conduisant en moyenne, compte tenu des hausses des coûts d'approvisionnement en gaz naturel, à une hausse des tarifs variant de 8,8 à 10 % selon les tarifs et, d'autre part, qu'aucune disposition du décret du 18 décembre 2009 ne permettait aux ministres de suspendre l'application de la formule tarifaire. En second lieu, le juge des référés a estimé que la condition d'urgence était satisfaite, dès lors qu'un gel durable des tarifs réglementés de GDF Suez était de nature à créer un phénomène de « ciseau tarifaire » selon lequel les coûts complets des fournisseurs « alternatifs » auraient été supérieurs aux tarifs réglementés de GDF Suez, affectant leurs marges et compromettant leur présence sur le marché de la distribution du gaz ainsi que l'objectif public d'ouverture de ce marché à la concurrence. En conséquence, le juge des référés a ordonné le 28 novembre 2011 (*Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE)*, n° 353554) la suspension de l'exécution de l'article 2 de l'arrêté du 29 septembre 2011 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez en tant qu'il n'avait pas fixé à un niveau plus élevé l'augmentation des tarifs.

Expropriation

Une décision du 11 juillet 2011, *Société d'équipement du département de Maine-et-Loire* (Sodemel) et ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, n° 320735 et 320854, a été l'occasion pour la section du contentieux du Conseil d'État de préciser les possibilités d'invocation

d'une exception d'illégalité dans des opérations d'urbanisme. Ainsi, la section confirme que l'illégalité d'un acte administratif, qu'il soit ou non réglementaire, ne peut être utilement invoquée à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative que si cette dernière a été prise pour son application ou s'il en constitue la base légale. Elle précise au cas d'espèce que les actes, déclaration d'utilité publique et arrêtés de cessibilité, tendant à l'acquisition par voie d'expropriation des terrains nécessaires à la réalisation d'une zone d'aménagement concerté (ZAC) ne sont pas des actes pris pour l'application de la délibération approuvant la convention par laquelle la commune a confié à une société l'aménagement de cette zone, laquelle ne constitue pas davantage leur base légale. Par suite, en faisant droit à l'exception d'illégalité de la délibération approuvant la convention d'aménagement à l'appui d'une contestation de la déclaration d'utilité publique, le Conseil d'État juge que la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit, alors même que cette déclaration était prise pour permettre la réalisation de cette opération d'aménagement et qu'elle précisait que l'expropriation était réalisée au profit de la société chargée de l'aménagement de la zone.

Fiscalité

Par sa décision du 21 mars 2011 (*Krupa*, n° 306225), la section du contentieux du Conseil d'État a intégralement soumis l'administration fiscale au régime de responsabilité pour faute simple, et mis fin à la jurisprudence issue de ses précédentes décisions du 27 juillet 1990 (*Bourgeois*, n° 44676) et du 29 décembre 1997 (*Commune d'Arcueil*, n° 151472). Ainsi, une faute commise par l'administration lors de l'exécution d'opérations se rattachant aux procédures d'établissement et de recouvrement de l'impôt est désormais de nature à engager la responsabilité de l'État à l'égard du contribuable ou de toute autre personne si elle leur a directement causé un préjudice. Ce préjudice, qui ne saurait résulter du seul paiement de l'impôt, peut être constitué des conséquences matérielles des décisions prises par l'administration et, le cas échéant, des troubles dans ses conditions d'existence dont le contribuable justifie. Toutefois, la section du contentieux a assorti de deux tempéraments l'engagement de la responsabilité de l'administration. D'une part, l'administration peut démontrer que le préjudice invoqué ne trouve pas sa cause directe et certaine dans la faute qu'elle a commise si elle établit soit qu'elle aurait pris la même décision d'imposition si elle avait respecté les formalités prescrites ou fait reposer son appréciation sur des éléments qu'elle avait omis de prendre en compte, soit qu'une autre base légale que celle initialement retenue justifie l'imposition. D'autre part, l'administration peut invoquer le fait du contribuable ou, s'il n'est pas le contribuable, du demandeur d'indemnité, comme cause d'atténuation ou d'exonération de sa responsabilité. Au cas d'espèce, l'administration fiscale avait fait jouer, à tort, à l'encontre du requérant, la responsabilité solidaire prévue par l'article 1763 A du code général des impôts alors en vigueur. La section du contentieux a estimé que cette erreur dans l'appréciation de la situation du contribuable au regard de la loi fiscale était constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État et que le requérant en avait directement subi un préjudice constitué, en l'espèce, par des troubles dans ses conditions d'existence résultant, notamment, de la vente de ses biens, dont son habitation principale, et de l'atteinte à sa réputation auprès des organismes bancaires et de son principal client auxquels ont été adressés des avis à tiers détenteur alors qu'il venait de créer son entreprise personnelle. L'État a été condamné en conséquence au versement d'une somme de 20 000 euros à titre d'indemnisation du préjudice subi.

Par sa décision du 11 juillet 2011 (*Société Quality Invest*, n° 317024), le Conseil d'État,, réuni en formation plénière fiscale, a précisé les modalités d'application des conventions fiscales bilatérales relatives aux doubles impositions aux revenus réalisés en France par des sociétés de personnes, régies par l'article 8 du code général des impôts, dont les associés sont non-résidents. Le Conseil d'État a, tout d'abord, réaffirmé que ces sociétés constituent des sujets fiscaux autonomes, ayant une personnalité distincte de celle de leurs membres et exerçant une activité qui leur est propre ; les bénéfices qu'elles réalisent sont, en principe et en application du droit interne, imposables en France entre les mains de leurs membres, y compris de ceux qui résident hors de France. Le Conseil d'État a rappelé qu'il incombait au juge de l'impôt de rechercher si une convention fiscale internationale faisait obstacle à l'imposition en France de ces revenus. Lorsque la convention applicable au litige ne comporte pas de stipulations relatives aux revenus réalisés ou perçus par une société relevant du régime des sociétés de personnes, il appartient au juge de faire application de la convention à la société, qui constitue un résident de France, et de vérifier qu'aucune de ses stipulations ne s'oppose à l'imposition ou au recouvrement en France de ces revenus. Si tel est le cas, l'associé non résident de cette société ne peut se prévaloir, pour faire obstacle à l'imposition de ces revenus en France, ni des stipulations de la convention relatives aux divers revenus dénommés qu'elle mentionne ni de la « clause balai » de cette convention précisant le régime d'imposition des autres revenus, dès lors que l'ensemble de ces stipulations ne sont applicables qu'aux revenus réalisés en propre par la société et non à ceux sur lesquels l'associé non résident est imposé au prorata de sa participation dans le capital de cette société.

Fonction publique

Saisi du recours d'un officier de gendarmerie radié des cadres pour s'être exprimé à l'encontre du rapprochement entre police nationale et gendarmerie, le Conseil d'État a jugé que la critique ouverte, dans les médias, de la politique d'organisation des deux grands services français dédiés à la sécurité publique, alors qu'elle se trouvait en débat devant le Parlement, constituait un manquement au devoir de réserve auquel sont tenus les militaires et justifiait, par suite, le prononcé de l'une des sanctions disciplinaires prévues par les articles L. 4137-1 et L. 4137-2 du code de la défense. Le Conseil d'État a toutefois estimé que la radiation des cadres, qui rompt définitivement le lien entre le militaire et l'administration, était en l'espèce une mesure manifestement disproportionnée, eu égard notamment à la teneur modérée des propos, à l'excellente manière de servir de l'intéressé et à l'éventail large de sanctions dont disposait l'autorité disciplinaire (CE, *M. Matelly*, 12 janvier 2011, n° 338461).

Aux termes de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, la démission d'un fonctionnaire doit résulter d'une offre de démission écrite de sa part, et de l'acceptation régulière de cette offre par l'administration dans un délai de quatre mois. C'est à

propos de ce délai que la section du contentieux, a rendu sa décision du 27 avril 2011 *M. Jenkins* (n° 335370). Cette décision revient sur un précédent de 1962, *Sieur Mériot* (n° 53604, p. 563), qui en faisait un délai indicatif, c'est-à-dire dont le dépassement ne prêtait pas juridiquement à conséquence. Le Conseil d'État juge désormais que la décision d'acceptation ou de rejet de l'offre de démission doit impérativement intervenir dans les quatre mois, sous peine de dessaisissement de l'administration. Dans l'hypothèse d'un tel dessaisissement, l'administration employeur est réputée avoir pris une décision de refus de statuer sur la démission, qui peut être contestée par le fonctionnaire en excès de pouvoir.

La *protection fonctionnelle* apportée par l'administration à ses agents comprend trois volets : le devoir de l'administration de protéger ses agents contre les menaces, violences ou outrages dont ils peuvent faire l'objet, la couverture des condamnations civiles prononcées pour une faute de service et, depuis la loi du 16 décembre 1996, la protection lors de poursuites pénales pour des faits qui n'ont pas le caractère de faute personnelle. Par une décision du 26 avril 1963 (CE, section, *Centre hospitalier de Besançon*, n° 42783, p. 242), le Conseil d'État avait précisé que le volet civil de la protection fonctionnelle accordée aux agents publics constituait un principe général du droit. La décision *M. Georges F.* (CE, section, 8 juin 2011, n° 312700, à paraître au recueil) a permis au Conseil d'État de préciser que ce principe général du droit s'étend à tous les aspects de la protection fonctionnelle et que celle-ci est accordée à tous les agents publics, quel que soit le mode d'accès à leurs fonctions (concours, contrat ou élection). En l'espèce, le Conseil censure un arrêt jugeant que le président élu d'un établissement public administratif, en l'occurrence une chambre de commerce et d'industrie, ne pouvait en bénéficier.

Une décision du 11 juillet 2011 (*Mme Montaut*, n° 321225) a été l'occasion pour la section du contentieux du Conseil d'État de déterminer le cadre de l'engagement de la responsabilité administrative en cas de harcèlement moral, notion issue de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 et transposée en droit interne par la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale. Le Conseil d'État a, en premier lieu, défini le régime de preuve objective en trois temps qui doit conduire le juge à reconnaître ou non la qualification de harcèlement moral : il appartient à l'agent public qui soutient avoir été victime d'un tel harcèlement de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer l'existence de tels agissements. Il incombe ensuite à l'administration de produire des éléments permettant d'établir que ces agissements sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement. La conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces échanges contradictoires qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction.

Le Conseil d'État a également précisé que si, dans son appréciation, le juge administratif doit tenir compte des comportements respectifs des agents présumés auteur et victime de tels agissements, le comportement de la victime présumée ne peut être pris en compte qu'en amont de la caractérisation du harcèlement, au titre des éléments de nature à renverser la présomption de harcèlement. En revanche, une fois l'existence d'un harcèlement moral établie, la nature même des agissements en cause s'oppose à ce qu'il puisse être tenu compte du comportement de l'agent qui en a été victime pour atténuer la responsabilité de la collectivité publique, le préjudice devant alors être intégralement réparé.

Par sa décision de section *M. Gérard M.* du 9 décembre 2011, le Conseil d'État redessine la frontière entre excès de pouvoir et plein contentieux. Il abandonne la jurisprudence *Ministre de la défense c/ Mme Delfau* (CE, 7 novembre 1990, n° 113217, p. 649) selon laquelle, lorsqu'une requête contenait des conclusions d'excès de pouvoir et des conclusions de plein contentieux, l'ensemble de la requête devait être regardé comme relevant du plein contentieux et, par suite, nécessitait, sauf exception, le ministère d'un avocat. Désormais la nature de chaque conclusion et son régime contentieux s'apprécient donc indépendamment des autres conclusions contenues dans la requête. En l'espèce le requérant, qui n'avait pas pris d'avocat et demandait l'annulation d'une décision lui refusant une prime à laquelle il estimait avoir droit, avait également formé des conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration de lui verser non seulement la somme correspondant à la prime en cause, mais également les intérêts moratoires. Or, par sa décision *Cregut* du 11 juillet 1991 (n° 91758, p. 1120), le Conseil d'État avait jugé qu'une telle demande d'injonction de versement des intérêts devait être présentée par le ministère d'un avocat. Ayant abandonné la jurisprudence *Delfau*, la juridiction aurait pu opposer une irrecevabilité sur cette seule partie de la demande d'injonction tout en annulant pour excès de pouvoir la décision litigieuse. Néanmoins, renversant également la jurisprudence *Crégut*, le Conseil d'État juge que des conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à l'administration, en exécution d'une annulation pour excès de pouvoir, de verser les intérêts sur la somme due, ne nécessitent pas le ministère d'un avocat.

Justice

Une personne poursuivie pour meurtre placée en détention provisoire s'était pendue dans sa cellule. Soutenant que ce suicide était imputable à une faute de l'administration pénitentiaire, le compagnon et la fille de la victime avaient demandé l'indemnisation du préjudice résultant pour eux de ce que la personne poursuivie n'avait pu être jugée (CE, 19 juillet 2011, *M. et Mlle Begnis*, n° 335625).

L'assemblée du contentieux a confirmé l'arrêt de la cour administrative d'appel de Lyon ayant rejeté leur demande. Elle a jugé qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du code de procédure pénale relatives à l'action publique et aux droits de la partie lésée que, si le législateur a renforcé, au cours de l'instruction et dans le déroulement du procès pénal, la place et les droits des victimes, les prérogatives dont celles-ci disposent ne leur sont reconnues que pour concourir à la recherche et à la manifestation de la vérité, indépendamment de la réparation du dommage causé par l'infraction à laquelle tend l'action civile. L'action publique qui peut être mise en mouvement par une partie lésée, dès lors qu'elle peut se prévaloir de l'existence d'un intérêt personnel et direct à cette action, ne peut être exercée que par les seules autorités publiques, au nom et pour le compte de la société. Si le procès pénal peut avoir pour effet de répondre aux attentes des victimes, il a pour objet de permettre à l'État, par la manifestation de la vérité et le prononcé d'une peine, d'assurer la rétribution de la faute commise par l'auteur de l'infraction et le rétablissement de la paix sociale. L'assemblée du contentieux a, en conséquence, jugé que l'extinction de l'action publique consécutive, conformément à l'article 6 du code de procédure pénale, au décès de la personne mise en cause fait obstacle à ce que cet objectif d'intérêt général soit poursuivi par

la tenue d'un procès pénal. En pareil cas, la victime, qui n'est de ce fait privée d'aucun droit propre, ne peut soutenir que l'impossibilité qu'un tel procès puisse se tenir lui causerait un préjudice personnel de nature à ouvrir droit à indemnité.

Outre-mer

Le haut-commissaire de la République en Polynésie française et la Société Digiciel Tahiti ont saisi le Conseil d'État, dans le cadre du contrôle juridictionnel spécifique défini par la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, de requêtes tendant à ce que soit déclarée illégale la loi du pays n° 2010-16 LP-APF du 5 octobre 2010 relative aux autorisations d'établir et d'exploiter un réseau ouvert au public ou de fourniture au public d'un service de télécommunication. Après avoir rappelé, d'une part, que la Polynésie française figure au nombre des pays et territoires d'outre-mer faisant l'objet du régime spécial d'association défini à l'article 199 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et, d'autre part, que s'appliquaient en matière de droit d'établissement et de prestations de services les dispositions de l'article 45 de la décision n° 2001/822/CE du Conseil du 27 novembre 2001 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer, prises en vertu de l'article 203 du Traité, le Conseil d'État a jugé, par une décision du 2 février 2011 (*Haut-Commissaire de la république en Polynésie française et Société Digicel Tahiti*, n°s 343991 et 344199), que les autorités compétentes des pays et territoires d'outre-mer sont tenues de traiter sur une base non discriminatoire les ressortissants et sociétés des autres États membres qui exercent ou cherchent à exercer le droit d'établissement ou de libre prestation de services dans ce territoire. En l'espèce, il a estimé qu'était illégal l'article de la loi de pays interdisant à des opérateurs de téléphonie mobile le droit d'exercer leur activité pour un motif tiré de la nationalité, quelle qu'elle soit, des personnes ou sociétés les détenant. Cet article introduisait, en effet, une restriction au droit d'établissement constitutive d'une discrimination prohibée par les dispositions de l'article 45 de la décision du 27 novembre 2001. Le Conseil d'État a également décidé, eu égard à la mission qui lui est impartie en vertu des dispositions de l'article 177 de la loi organique du 27 février 2004, que l'article de loi du pays suivant l'article litigieux étant indissociable de ce dernier, l'illégalité constatée faisait obstacle à la promulgation du texte en cause.

Police

Par trois décisions du 26 octobre 2011 (*Commune de Saint-Denis*, n° 326492 ; *Société française du radiotéléphone*, n° 329904 ; *Commune des Pennes-Mirabeau*, n° 341767 et 341768), l'assemblée du contentieux a précisé, en matière d'implantation des antennes relais de téléphonie mobile, l'articulation entre les compétences de police spéciale reconnues aux autorités de l'État et celles de police générale du maire. L'assemblée du contentieux a tout d'abord jugé que seules les autorités de l'État désignées par les dispositions législatives du code des postes et des communications électroniques, c'est-à-dire le ministre chargé des communications électroniques, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) et l'Agence nationale des fréquences (ANFR), sont compétentes pour déterminer, de manière complète, les modalités d'implantation des antennes de téléphonie mobile, ainsi que les mesures de protection du public contre les effets des ondes qu'elles émettent. Le Conseil d'État a constaté qu'il appartient à ces autorités nationales, qui peuvent s'appuyer sur une expertise non disponible au plan local, de veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques et à la protection de la santé publique. L'assemblée du contentieux en a déduit que le maire ne saurait adopter, sur le territoire de sa commune, une réglementation relative à l'implantation des antennes de téléphonie mobile et destinée à protéger le public contre les effets des ondes émises par ces antennes, sans porter atteinte aux pouvoirs de police spéciale conférés aux autorités de l'État. Enfin, le Conseil d'État a précisé que, si le principe de précaution, consacré à l'article 5 de la charte de l'environnement, est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attribution, il ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attribution.

Procédure contentieuse

Dans le prolongement d'une décision du 9 janvier 2003 (*Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et commune de Clans*, n° 245239) par laquelle il avait détaillé les mesures d'exécution qu'implique une décision juridictionnelle relevant qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière, le Conseil d'État a eu à traiter, dans une décision du 14 octobre 2011 (*Commune de Valmeinier et Syndicat mixte des Islettes*, n° 320371), de l'hypothèse où les travaux d'édification de l'ouvrage, engagés en vertu d'une autorisation de construire jugée illégale et annulée, ne sont pas encore achevés à la date à laquelle le juge statue sur les mesures d'exécution. Le Conseil d'État, admettant implicitement la compétence du juge administratif en présence d'un tel ouvrage qui, s'il n'est pas encore affecté au service public ou à l'usage du public, peut être regardé comme un ouvrage public par destination, précise qu'il appartient dans tous les cas au juge d'ordonner la suspension des travaux. Il lui faut ensuite, pour déterminer en fonction de la situation de droit et de fait à la date à laquelle il statue si l'exécution de la décision d'annulation implique qu'il ordonne la démolition totale ou partielle des constructions, rechercher si, eu égard notamment aux motifs d'annulation, une régularisation du projet initial est possible. Dans la négative, il lui revient d'examiner si la démolition de tout ou partie de l'ouvrage n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général après avoir pris en compte, d'une part, les inconvénients que le maintien, même temporaire, de cet ouvrage peut entraîner pour les divers intérêts publics ou privés, d'autre part, les conséquences d'une démolition pour l'intérêt général compte tenu notamment des coûts déjà exposés et, si elle est invoquée, la possibilité de réutiliser dans un délai raisonnable les constructions déjà édifiées dans le cadre d'un projet modifié ou d'un nouveau projet.

À l'occasion des travaux de démolition réalisés au Forum des Halles à Paris, un incident de chantier avait provoqué une chute de morceaux de béton dans le magasin H&M du centre commercial. La société H&M avait obtenu du juge des référés du

tribunal administratif de Paris, saisi par la voie du référé-liberté, la suspension des travaux au-dessus de son magasin. Le Conseil d'État a été saisi en appel de cette ordonnance. Par sa décision du 16 novembre 2011 (*Ville de Paris et Société d'économie mixte PariSeine*, n° 353172 et 353173), la section du contentieux a rappelé que, pour prévenir ou faire cesser un péril qui trouve sa cause dans l'action ou la carence de l'autorité publique, le juge des référés peut, en cas d'urgence, être saisi soit d'une demande de référé-suspension (article L. 521-1 du code de justice administrative), pour qu'il ordonne la suspension de la décision administrative, explicite ou implicite, à l'origine de ce péril, soit d'une demande de référé « mesures utiles » (article L. 521-3 du même code), afin d'enjoindre à l'autorité publique de prendre des mesures conservatoires destinées à faire échec ou à mettre un terme à ce péril. En outre, pour la première fois, le Conseil d'État a jugé que le droit au respect de la vie, rappelé notamment par l'article 2 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, constitue une liberté fondamentale au sens des dispositions relatives au référé-liberté (article L. 521-2 du code de justice administrative, qui prévoit qu'une décision est prise dans les quarante-huit heures). Il en a déduit que, lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut être saisi par la voie du référé-liberté et prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence.

La décision d'assemblée *M. Claude D.* du 23 décembre 2011 (n° 335033, à paraître au recueil) est la première par laquelle le Conseil d'État se prononce sur un moyen tiré des dispositions de l'article 70 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, selon lesquelles « *Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision* ». Le Conseil d'État juge que ces dispositions s'inspirent du principe plus général selon lequel un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie. En l'espèce, les délibérations par lesquelles les conseils d'administration des écoles normales supérieures de Lyon et de Fontenay-Saint-Cloud avaient, le 13 mai 2009, demandé leur regroupement au sein d'un unique établissement, n'avaient pas été précédées de la consultation des comités techniques paritaires. Tout en faisant application du principe rappelé par sa décision, le Conseil d'État annule le décret de création de la nouvelle école au motif que cette omission a privé les représentants du personnel d'une garantie. Il relève, au surplus, que le fait que les deux conseils d'administration aient délibéré ensemble constitue également une irrégularité susceptible d'avoir exercé une influence sur les décisions contestées.

Responsabilité

Au cours d'une exposition consacrée à une plasticienne organisée au musée des beaux-arts de Nantes en 2005 a été diffusé le film d'un entretien entre deux psychanalystes. Les héritiers de l'un d'entre eux ont engagé une action à l'encontre de la Ville de Nantes, en invoquant à la fois la violation tant du droit à l'image que du droit d'auteur. Ils demandaient une indemnisation et qu'il soit enjoint à la Ville de leur remettre l'enregistrement original et toutes les reproductions du film de cet entretien. Par une décision du 27 avril 2011 (*Fédida et autres,* n° 314577), le Conseil d'État a jugé, en premier lieu, que la protection de la vie privée ne relevant pas, par nature, de la compétence exclusive des juridictions judiciaires et en l'absence de dispositions législatives contraires, les demandes indemnitaires à raison des atteintes au droit à l'image, lequel est une composante du droit au respect de la vie privée, commises par une personne publique dans l'exercice d'un service public administratif relèvent de la compétence du juge administratif. En deuxième lieu, le Conseil d'État a estimé que relèvent également de la compétence du juge administratif les demandes indemnitaires tendant à la réparation des dommages résultant d'atteintes à la protection d'une œuvre de l'esprit commises par une personne publique. En troisième lieu, la décision précise que les « entretiens » constituent des œuvres de l'esprit, dès lors que l'activité intellectuelle et créatrice des participants se manifeste par l'expression d'une pensée individuelle et indépendante et que la composition et l'expression de l'œuvre font apparaître son originalité. Enfin, pour ce qui concerne les conclusions à fin d'injonction, la décision juge que si les articles L. 332-1 à L. 332-4 du code de la propriété intellectuelle (CPI) donnent compétence exclusive au président du tribunal de grande instance pour statuer sur les saisies et autres mesures conservatoires prévues à l'article L. 332-1 de ce code, lorsque l'action au fond ressortit à la compétence de la juridiction administrative, il n'appartient qu'à celle-ci, après qu'elle a statué au fond, de statuer également sur ces conclusions tendant à ce que l'administration ne réitère pas ou ne prolonge pas le préjudice dont elle est à l'origine.

Par une décision du 8 juin 2011, *Société Credipar* (n° 322515), la section du contentieux est revenue sur la jurisprudence selon laquelle, si le fait de délivrer un certificat de non-gage sur un véhicule gagé constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'État, le préjudice résultant de cette faute ne présente un caractère actuel et certain que si le créancier du prix du véhicule ou son garant est en mesure de justifier d'une décision de l'autorité judiciaire lui déniant le droit de poursuivre la réalisation du gage entre les mains du tiers acquéreur. Cette jurisprudence trouvait ses limites lorsque, comme en l'espèce, le créancier gagiste ne pouvait, faute de connaître son identité, se retourner contre le tiers acquéreur pour obtenir la réalisation de son gage. Aussi la section du contentieux a jugé que, lorsque postérieurement à la délivrance d'une attestation de non-gage erronée, le débiteur vend le véhicule à un tiers et n'exécute pas les obligations résultant du contrat de prêt qu'il a souscrit, la faute que constitue la délivrance du certificat de non-gage erroné, qui fait obstacle à la réalisation du gage par le créancier gagiste, cause à ce dernier un préjudice direct et certain même si la poursuite de la réalisation du gage entre les mains du tiers acquéreur n'est pas exclue. Le préjudice consiste en la perte du montant auquel peut être évalué le véhicule à la date à laquelle le créancier gagiste a sommé le débiteur d'exécuter les obligations du contrat, dans la limite toutefois des sommes restant dues en

exécution du contrat, auxquelles s'ajoutent, le cas échéant, les frais occasionnés par des procédures engagées contre le débiteur postérieurement à cette date. Il incombe en outre au juge indemnitaire, dont la décision ne saurait avoir pour effet de procurer à la victime du dommage, par les indemnités qu'elle a pu ou pourrait obtenir en raison des mêmes faits, une réparation supérieure au préjudice subi, de subroger d'office l'État dans les droits du créancier indemnisé.

Par une décision *Centre hospitalier universitaire d'Angers* rendue le 10 octobre 2011 (n° 328500), le Conseil d'État s'est prononcé sur la portée des dispositions de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé qui concernent l'indemnisation des préjudices résultant des infections nosocomiales. Il a estimé que les dispositions du I de l'article L. 1142-1 du code de la santé publique faisaient désormais peser sur l'établissement de santé la responsabilité des infections nosocomiales, qu'elles soient exogènes ou endogènes à moins que la preuve d'une cause étrangère ne soit apportée. Il a précisé qu'une telle preuve ne pouvait être regardée comme apportée dans le cas d'une infection provoquée par une intervention chirurgicale, constituant un risque connu pour les interventions de la nature de celle pratiquée et ne présentant de caractère d'imprévisibilité et d'irrésistibilité.

Le Conseil d'État, par une décision du 19 octobre 2011 (*M. Vidal*, n° 339670), s'est prononcé sur l'application de l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, qui instaure un régime de preuve spécifique en matière d'infection par le virus de l'hépatite C, en précisant les règles de fonctionnement de la présomption d'imputabilité instaurée par cet article lorsque existent d'autres causes potentielles de contamination que celle par voie transfusionnelle. Tout d'abord, le Conseil d'État a précisé que cette présomption est constituée dès lors qu'un faisceau d'éléments confère à l'hypothèse d'une origine transfusionnelle de la contamination, compte tenu de l'ensemble des éléments disponibles, un degré suffisamment élevé de vraisemblance, ce qui est normalement le cas lorsqu'un demandeur s'est vu administrer, à une date où il n' était pas procédé à une détection systématique du virus de l'hépatite C à l'occasion des dons du sang, des produits sanguins dont l'innocuité n'a pas pu être établie. Il s'est appuyé, dans un second temps, sur la règle selon laquelle le doute profite au demandeur. Ainsi, la circonstance que l'intéressé a été exposé par ailleurs à d'autres facteurs de contamination, résultant notamment d'actes médicaux invasifs ou d'un comportement personnel à risque, ne saurait faire obstacle à la présomption légale que dans le cas où il résulte de l'instruction que la probabilité d'une origine transfusionnelle est manifestement moins élevée que celle d'une origine étrangère aux transfusions.

Santé publique

Une association demandait l'annulation d'une décision de la Haute Autorité de santé refusant d'abroger l'une des recommandations de bonnes pratiques qu'elle édicte, sur la base des articles L. 161-37 et R. 161-72 du code de la sécurité sociale, afin de guider les professionnels de santé dans la définition et la mise en œuvre de stratégies de soins à visée préventive, diagnostique ou thérapeutique. Le Conseil d'État juge, tout d'abord, qu'eu égard à l'obligation déontologique pour les professionnels de santé d'assurer à leurs patients des soins fondés sur les données acquises de la science, lesquelles ressortent notamment des recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de santé, celles-ci constituent, alors même qu'elles n'ont pas une portée contraignante, des décisions faisant grief susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Sur le fond, il était soutenu que la recommandation avait été adoptée en violation du principe d'impartialité en raison de la présence, au sein du groupe de travail chargé de sa rédaction, d'experts en situation de conflits d'intérêts eu égard à leurs liens avec certaines entreprises pharmaceutiques. Le Conseil d'État accueille ce moyen, dès lors que la Haute Autorité de santé n'a été en mesure de verser au dossier ni l'intégralité des déclarations d'intérêts des membres du groupe de travail ni, pour les membres dont la déclaration manquait, des éléments permettant au juge de vérifier l'existence de tels liens et, dans l'affirmative, si ces liens étaient de nature à révéler des conflits d'intérêts (27 avril 2011, *Association pour une formation médicale indépendante,* n° 334 396).

Union européenne

Saisi de requêtes contre des arrêtés de suspension et d'interdiction de la lignée de maïs génétiquement modifié MON 810, le Conseil d'État, tirant les conséquences des réponses apportées par la Cour de justice de l'Union européenne aux questions préjudicielles qu'il lui avait posées sur les conditions dans lesquelles un État membre est compétent pour prendre de telles mesures, a annulé ces arrêtés. Il a jugé que le maïs MON 810 pouvait faire l'objet de mesures de suspension ou d'interdiction sur le fondement du règlement (CE) n° 1829/2003, mais non sur celui de la directive 2001/18/CE, et en a déduit que le ministre de l'agriculture n'avait pu se référer à celle-ci pour prendre les mesures contestées. Puis, il a relevé que le ministre n'avait établi ni l'urgence ni l'existence d'une situation susceptible de présenter un risque important mettant en péril de façon manifeste la santé humaine ou animale ou l'environnement, qui auraient permis de regarder les conditions posées par le règlement (CE) n° 1829/2003 à l'adoption de mesures d'urgence par un État membre comme remplies. Enfin, il a jugé que, ce règlement ayant harmonisé exhaustivement les mesures nécessaires à la protection de la santé humaine et animale, les mesures de protection devaient être prises dans ce cadre et que le code de l'environnement et le code rural ne pouvaient fonder l'adoption de mesures particulières (28 novembre 2011, *Monsanto SAS et autres*, n°s 312921, 313546, 313548, 313605, 313614, 313616, 313618, 313620, 313622, 313624 et 313683).

Une décision du 11 juillet 2011 (*Crédit Lyonnais (LCL)*, n° 301849) a été l'occasion pour le Conseil d'État de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne quatre questions, présentant des difficultés sérieuses, concernant la prise en compte ou non, pour le calcul du prorata de déduction de la TVA (et, par suite, pour le calcul du rapport d'assujettissement à la taxe sur les salaires) du siège d'un établissement de crédit établi dans un État membre de l'Union européenne, des recettes réalisées par ses succursales établies dans d'autres États membres ou en dehors de l'Union européenne.

En l'espèce, la société Crédit Lyonnais (LCL) avait pris en compte dans ses déclarations le montant des intérêts des prêts consentis par son siège à ses succursales établies à l'étranger, d'une part, au numérateur et au dénominateur du prorata de déduction prévu en matière de taxe sur la valeur ajoutée par l'article 212 de l'annexe 2 au code général des impôts et, d'autre part, au dénominateur du prorata relatif à la taxe sur les salaires, prévu par le 1 de l'article 231 du même code. Devant la Cour, la société avait soutenu que l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 23 mars 2006 *FCE Bank* (C-210/04) impliquait de regarder ses succursales installées dans un autre État membre, ou hors de l'Union européenne, comme constituant, avec son siège, un assujetti unique. En cassation, la société soutenait que la Cour avait donné une interprétation de la règle régissant l'exercice du droit à déduction incompatible avec le principe communautaire de neutralité en matière de TVA en rejetant l'application du prorata tel qu'elle proposait de le calculer aux dépenses supportées par son siège dans l'intérêt des succursales étrangères.

Le Conseil d'État a estimé que la réponse à ce moyen dépendait de la réponse aux questions de savoir : 1°) si, eu égard aux règles relatives au champ territorial de la TVA, les paragraphes 2 et 5 de l'article 17 et l'article 19 de la sixième directive 77/388/CEE du 17 mai 1977 pouvaient être interprétés en ce sens que, pour le calcul du prorata qu'ils instaurent, le siège d'une société établie dans un État membre doit prendre en compte les recettes réalisées par chacune de ses succursales établies dans un autre État membre et, symétriquement, ces succursales doivent prendre en compte l'ensemble des recettes entrant dans le champ de la TVA réalisées par la société ; 2°) si la même solution devait être retenue pour les succursales établies en dehors de l'Union européenne, notamment au regard du droit à déduction prévu par le a du paragraphe 3 de l'article 17 ainsi que le c du même paragraphe, s'agissant des opérations bancaires et financières visées à l'article 13 sous B sous d) points 1 à 5, qui sont réalisées au bénéfice de preneurs établis en dehors de la Communauté ; 3°) si la réponse aux deux premières questions était susceptible de varier d'un État membre à l'autre, en fonction des options ouvertes par le dernier alinéa du paragraphe 5 de l'article 17, en particulier ce qui concerne la constitution de secteurs d'activité distincts ; 4°) en cas de réponse affirmative à l'une des deux premières questions, d'une part, s'il y avait lieu de limiter l'application d'un tel prorata au calcul des droits à déduction de la TVA ayant grevé les dépenses exposées par le siège au profit des succursales étrangères et si, d'autre part, la prise en compte des recettes réalisées à l'étranger devait se faire selon les règles applicables dans l'État de la succursale ou dans l'État du siège.

Le Conseil d'État était saisi de plusieurs requêtes tendant à l'annulation de la décision du 17 décembre 2008, par laquelle la rémunération pour copie privée, destinée à indemniser les auteurs et producteurs des œuvres susceptibles d'être copiées, avait été étendue à la vente de nouveaux supports de reproduction numérique, pouvant faire l'objet à la fois d'un usage pour copie privée et d'un usage professionnel. Après avoir rappelé que la rémunération doit être fixée en tenant compte de l'usage de ces supports par les différents utilisateurs, principe conforté par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 21 octobre 2010 *Padawan SL* (C-467/08), le Conseil d'État a jugé que la décision attaquée avait méconnu le code de la propriété intellectuelle et la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 en ne prévoyant pas la possibilité d'exonérer ceux des supports acquis, notamment à des fins professionnelles, dont les conditions d'utilisation ne permettaient pas de présumer un usage à des fins de copie privée. Le juge a toutefois différé de six mois l'effet de sa décision d'annulation, afin de tenir compte des incertitudes sur la situation des ayants droit et des entreprises contributrices, de ses conséquences sur le dispositif de la généralisation des demandes de remboursement ou de versements complémentaires ainsi que de la méconnaissance encore plus grave du droit de l'Union qui affectait les décisions antérieures qu'aurait fait revivre une annulation rétroactive (CE, 17 juin 2011, n^{os} 324816, 325439, 325463, 325468, 325469, *Canal + Distribution et autres*).

3.2. Analyse d'arrêts des cours administratives d'appel et de jugements des tribunaux administratifs

***Avertissement** : la présente rubrique présente un choix de décisions émanant des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs. Ce choix, nécessairement très limité au regard de la production annuelle de ces juridictions, a été opéré parmi la sélection effectuée par les chefs des juridictions eux-mêmes, en fonction de l'intérêt que ces décisions étaient susceptibles de présenter pour les lecteurs du rapport annuel que ce soit du point de vue de leur importance économique, politique ou médiatique, ou qu'il s'agisse de la mise en œuvre d'une législation ou d'une question de droit nouvelles. Ce choix ne saurait préjuger ni le caractère définitif de ces décisions, certaines faisant l'objet de recours – les décisions frappées d'appel ou ayant fait l'objet d'un pourvoi en cassation au 10 février 2012 sont précédées du signe (*) dans le texte – ni, bien entendu, la confirmation de la solution qu'elles retiennent par le Conseil d'État.*

Asile

Par un arrêt du 12 juillet 2011, la **cour administrative d'appel de Nantes** a fait droit à la requête d'une ressortissante russe qui contestait avoir reçu, dans une langue comprise par elle, à l'occasion de la présentation de sa demande d'asile, les informations prévues par l'article 18-1 du règlement concernant la création du système Eurodac pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin et le paragraphe 1 de l'article 10 de la directive relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié. La cour a estimé que la circonstance que l'intéressée avait été prise en charge et assistée par une association à laquelle l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) a confié, par une convention, la réalisation des actions de premier accueil des demandeurs d'asile qui se présentent à la préfecture ou au siège de l'association, au nombre desquelles figure la mise à disposition des informations utiles traduites dans des langues compréhensibles par eux, ne suffisait pas, à elle seule, à établir que l'intéressée avait effectivement reçu cette information (*Mlle*, n° 10NT02532).

(*) Par deux jugements du 13 juillet 2011, rendus en formation élargie, le **tribunal administratif de Lyon** a estimé que, lorsque le préfet est saisi d'une demande de délivrance d'une autorisation provisoire de séjour en qualité de demandeur d'asile, le silence gardé par cette autorité pendant un délai de quinze jours donne naissance à une décision implicite de rejet qui peut être contestée devant le juge. Le tribunal a considéré que l'article R. 742-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui prévoit que, saisie d'une demande d'admission au bénéfice du statut de réfugié satisfaisant aux conditions prévues à l'article R. 741-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'autorité compétente doit mettre le demandeur d'asile en possession d'une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce qu'elle ait statué sur cette demande (sans préjudice, le cas échéant, de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 741-4 dudit code), devait être interprété comme une dérogation au délai de droit commun de deux mois prévu par l'article 21 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations. Il a aussi implicitement mais nécessairement écarté le délai de quatre mois applicable aux demandes de titre de séjour en application de l'article R. 311-12 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Le tribunal a justifié sa décision par le statut du droit d'asile, garanti à la fois par la Constitution, la Convention de Genève et la directive communautaire du 27 janvier 2003, par la protection dont doivent bénéficier les demandeurs d'asile et par l'exigence de traitement diligent de ces demandes (*M.*, n° 1005742 et *M.*, n° 1005728).

Collectivités territoriales

Dans une affaire dans laquelle le maire d'une commune, devenu conseiller général, avait été reconnu coupable d'escroquerie pour avoir établi de fausses attestations de stage afin d'obtenir le versement au profit de la commune et du centre communal d'action social, de sommes d'argent de la part du Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles (CNASEA), la **cour administrative d'appel de Douai** a**,** par un arrêt du 3 mars 2011, implicitement jugé que la collectivité compétente pour prendre les mesures susceptibles d'assurer la protection d'un élu local est celle dont il relevait à la date à laquelle il exerçait ses fonctions ayant donné lieu aux poursuites. Mais elle a estimé que, compte tenu de la gravité de ses agissements, de leur caractère intentionnel et de la nature particulière de ses fonctions au sein de la commune, le maire devait être regardé comme ayant commis une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions et que, dans ces conditions, il n'était pas fondé à demander à la commune de le couvrir des condamnations civiles prononcées à son encontre, ainsi que des frais exposés pour sa défense devant le tribunal correctionnel (*M.*, n° 09DA00486).

(*) Par un arrêt du 3 mars 2011, la **cour administrative d'appel de Versailles** a jugé qu'un tribunal administratif ne peut, en application des dispositions de l'article L. 2121-5 du code général des collectivités territoriales, déclarer démissionnaire un conseiller municipal au seul motif qu'il a refusé d'assurer les fonctions de premier assesseur d'un bureau de vote. Cette fonction, en effet, qui incombe au premier chef aux électeurs du département en vertu de l'article R. 44 du code électoral, ne peut être regardée comme lui étant dévolue par la loi au sens des dispositions de l'article L. 2121-5 (*Commune de Dourdan*, n° 10VE01999).

(*) Par un jugement du 12 octobre 2011, le **tribunal administratif de Cergy-Pontoise** a estimé que la publication « Asnières Senior », éditée à 12 000 exemplaires tous les deux mois, mise à la disposition des personnes âgées résidentes sur le territoire de la commune, soit 14 000 personnes, et également consultable sur son site internet, constitue, un bulletin d'information générale sur les réalisations et la gestion du conseil municipal au sens des dispositions précitées de l'article L. 2121-27-1 du code général des collectivités territoriales et devait, en

conséquence, comporter un espace réservé à l'expression des conseillers n'appartenant pas à la majorité municipale. Le tribunal a, en particulier, constaté que cette publication ne se limite pas à diffuser des informations pratiques relatives à la santé ou à la vie quotidienne des personnes âgées, mais qu'elle présente effectivement les réalisations et initiatives du conseil municipal, plus précisément du centre communal d'actions sociales de la commune, et que la première page de chaque numéro est consacrée à un éditorial du maire (*Mme*, n° 1005394).

Par un jugement du 24 novembre 2011, le **tribunal administratif de Limoges** a contrôlé les conditions dans lesquelles une commune avait cédé à une entreprise privée l'activité d'abattoir qu'elle exploitait en régie. Appliquant à une activité économique municipale le principe dégagé par la décision du Conseil Constitutionnel des 25 et 26 juin 1986 relative aux privatisations, selon lequel une collectivité publique ne peut pas, en principe, céder, pour un prix inférieur à sa valeur, une entreprise faisant partie de son patrimoine à une personne poursuivant des fins d'intérêts privés, il a, néanmoins, admis que le prix de cession de l'activité pouvait être notablement inférieur à l'estimation du service des finances publiques relative aux seuls biens immobiliers, dès lors que la différence correspondait à l'estimation du coût des travaux de mise aux normes nécessaires à la poursuite de l'activité, que la société repreneuse devait reprendre l'ensemble du personnel de l'abattoir et que la régie était fortement endettée, quand bien même cet endettement aurait été la conséquence d'erreurs de gestion. Le tribunal a, par ailleurs, estimé que la cession ne pouvait, en tout état de cause, priver la commune de recettes fiscales puisque cette activité, gérée en régie, était exonérée de taxe professionnelle. Il a également rappelé que les agents de ce service industriel et commercial étaient, sauf en ce qui concerne le directeur et le comptable public, soumis à un régime de droit privé et ne pouvaient pas soutenir que la cession les priverait d'un statut de droit public (*Syndicat CGT du personnel de l'abattoir de Bessines et autres*, n^{os} 1000190, 1000285, 1000287, 100289).

Par une ordonnance du 8 décembre 2011, le **juge des référés du tribunal administratif de Besançon** a jugé que l'organisation d'un « sondage local », sans respecter les règles fixées par les articles L. 1112-15 et R. 1112-1 à R. 1112-17 du code général des collectivités territoriales encadrant la consultation des électeurs, constituait une illégalité manifeste de nature à porter une atteinte grave à l'exercice régulier de la démocratie directe locale qui constitue une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Il a, par suite, enjoint au conseil municipal de renoncer à l'organisation du scrutin prévu (*Association « La Petite Montagne »*, n° 1101720).

Comptabilité publique

Par un jugement du 15 novembre 2011, le **tribunal administratif de Lyon** a estimé qu'un comptable public ne peut poursuivre le recouvrement d'une dette constituée à l'égard d'une personne décédée, à l'encontre d'un tiers qui conteste avoir accepté la succession, sans s'être assuré de sa qualité d'héritier, le cas échéant en le sommant d'opter pour l'acceptation de la succession, ainsi que le permettent les articles 771 et suivants du code civil (*M.*, n° 0906598-0906758).

Concurrence

(*) Par un arrêt du 7 novembre 2011, la **cour administrative d'appel de Marseille** a annulé la délibération attribuant au groupement SNCM-CMN la délégation du service public de la desserte maritime entre le port de Marseille et les ports de Corse, ainsi que la décision par laquelle le président du conseil exécutif de la collectivité territoriale de Corse a signé la convention de délégation. La cour a estimé que les stipulations du cahier des charges de la convention de délégation de service public instaurant un service complémentaire pour trois des lignes de la desserte maritime de Corse et pour une période correspondant à un trafic plus important de passagers et de fret constituent une restriction non justifiée à la libre prestation de service et méconnaissent les dispositions du règlement (CE) n° 3577/92 du 7 décembre 1992 sur le cabotage maritime, dès lors que la globalité de l'offre de desserte maritime existant lors de la passation du contrat, qui révélait l'absence de carence de l'initiative privée et par suite l'absence d'un besoin réel de service public, n'imposait pas les obligations de service public ainsi définies ni leur contrepartie financière. Faisant application des articles 87 et 88 du Traité instituant la communauté européenne devenus les articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la cour a également estimé que la clause de sauvegarde de la convention de délégation de service public, qui prévoit le rétablissement de l'équilibre financier initial de la convention en cas d'impact significatif de la modification des conditions d'exploitation des services délégués sur les engagements financiers du délégataire, constitue une aide d'État qui devait être notifiée à la Commission européenne, préalablement à la désignation de son bénéficiaire, dès lors qu'elle réserve la possibilité d'octroyer au délégataire des financements additionnels, autres que ceux nécessités par l'exécution des obligations de service public, pour un montant qui n'est pas déterminé et sans qu'aient été définis de paramètres pour leur calcul. La cour a enjoint à la collectivité territoriale de Corse de procéder à la résiliation amiable du contrat à compter du 1er septembre 2012, ou de saisir le juge du contrat dans les six mois de la notification de son arrêt (chambres réunies, *Société Corsica Ferries,* n° 08MA01604).

(*) Par des jugements du 21 avril 2011, le **tribunal administratif de Cayenne** a estimé que le système de fixation des prix des carburants en Guyane régi par le décret n° 88-1044 du 17 novembre 1988 qui confie au préfet le soin de fixer, pour chaque catégorie de produit réglementé, le prix de vente en gros et en détail du carburant, fait apparaître des distorsions, notamment sur le plan de la concurrence, susceptibles de créer des rentes de situation qui rendent souhaitable son amélioration. Pour autant, le tribunal a considéré que ces distorsions ne révélaient pas une faute lourde de l'autorité administrative dans la gestion de ce dossier sur la période 2000-2009 qui a vu notamment l'introduction sur le marché guyanais d'un carburant aux normes européennes raffiné dans la zone Antilles-Guyane (*TSO Transport*, n° 0900769).

(*) Par un jugement en date du 13 octobre 2011, le **tribunal administratif de Lille** a estimé que les dispositions de l'article 2 de la loi n° 55-4 du 4 janvier 1955 concernant les annonces judiciaires et légales, qui prévoient que la liste des journaux habilités à recevoir et à publier des annonces judiciaires et légales dans le département est établie chaque année par une commission comportant, parmi ses membres, des directeurs de journaux eux-mêmes susceptibles de recevoir des annonces légales,

sont incompatibles avec les dispositions du point 6 de l'article 14 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, prohibant l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents, y compris au sein d'organes consultatifs, dans l'octroi d'autorisations pour l'accès à une activité de service (*SARL La Gazette du Nord Pas-de-Calais*, nº 1102652).

(*) Par un jugement en date du 2 novembre 2011, le **tribunal administratif de Paris** a jugé que la constitution d'une base publique de données relatives aux médicaments à destination des praticiens, financée uniquement par les utilisateurs et non par les laboratoires, et dont l'impartialité est ainsi entièrement garantie, concourt à la qualité des prescriptions et répond donc à la fois à un objectif de santé publique et de maîtrise des dépenses de santé. Il en est ainsi alors même que l'article L. 161-38 du code de la sécurité sociale confie à la Haute Autorité de santé la mission d'établir une procédure de certification des sites informatiques dédiés à la santé et des logiciels d'aide à la prescription médicale ayant respecté un ensemble de règles de bonne pratique. Le tribunal en a déduit que les sociétés requérantes n'étaient pas fondées à soutenir que la commercialisation de la base « Thésorimed » par un groupement d'intérêt économique, constitué par les organismes gestionnaires des régimes obligatoires de base de l'assurance maladie, n'était pas justifiée par un intérêt public et qu'elle portait atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie (*Sté recherches et études en systèmes informatiques professionnels*, nº 0907742).

Contributions et taxes

Par un arrêt en date du 17 mai 2011, la **cour administrative d'appel de Marseille** a jugé que les intérêts perçus par un contribuable se prétendant victime d'un circuit frauduleux consistant à rémunérer, par l'intermédiaire d'une société ayant son siège social dans la principauté d'Andorre, les investissements effectués par les clients au moyen, essentiellement, des fonds procurés par les nouveaux entrants (système de type « chaîne de Ponzi » qui s'écroule lorsque les sommes procurées par les nouveaux entrants ne suffisent plus à couvrir la rémunération des clients) avaient été imposés à bon droit par l'administration fiscale dans la catégorie des revenus de capitaux mobiliers. La cour a estimé, d'une part, que si le contribuable invoquait les manœuvres aventureuses des dirigeants de la société, il n'établissait pas que ladite société se serait trouvée dans l'impossibilité d'honorer ses engagements et de payer les intérêts échus et, d'autre part, que s'il faisait valoir qu'il avait été victime d'une escroquerie et que le contrat qu'il avait souscrit initialement avait un caractère fictif, il ne justifiait pas avoir saisi le juge pénal à ce sujet (*M. et Mme*, nº 08MA01835).

Par un arrêt du 31 mai 2011, la **cour administrative d'appel de Douai** a jugé qu'il résulte de la combinaison des articles 6, 156, 194 et 196 bis du code général des impôts que le rattachement d'un enfant majeur est un élément constitutif des charges de famille, et qu'à ce titre, il peut être pris en compte dans le quotient familial du conjoint survivant, dès lors que cet enfant était rattaché au foyer fiscal de ses parents au 1er janvier de l'année du décès (*Mme*, nº 10DA01114).

(*) Par un arrêt du 7 juillet 2011, la **cour administrative d'appel de Versailles** a jugé qu'une société ne peut déduire du montant brut des plus-values à long terme imposables en France les moins-values à long terme issues de la cession de titres de participation détenus dans une proportion substantielle (supérieure à 25 %) dans une filiale canadienne, dès lors qu'en application de la convention fiscale conclue entre la France et la Canada, les plus-values de cessions de tels titres ne sont imposables que dans cet État. Il s'ensuit que les provisions pour dépréciation de ces titres ne sont pas davantage déductibles du montant brut des plus-values à long terme (formation plénière, *Société BNP Paribas*, nº 09VE01119).

Par un arrêt du 13 octobre 2011, la **cour administrative d'appel de Paris** a jugé qu'un contribuable domicilié en France ayant, en qualité de consultant indépendant, exercé auprès d'une société française une mission pour le compte d'une société ayant son siège à Hong Kong, dans le cadre d'un contrat d'assistance technique liant ces deux sociétés, ne pouvait, en vue d'échapper à l'imposition en France des honoraires qu'il avait perçus de la société établie à Hong Kong, se prévaloir des stipulations de l'accord fiscal franco-chinois du 30 mai 1984, faute d'applicabilité de cet accord à la Région administrative spéciale de Hong Kong. La cour a, en effet, relevé que le territoire de Hong Kong n'était pas un territoire de la République populaire de Chine soumis à la législation fiscale chinoise le 30 mai 1984, date de la conclusion de l'accord franco-chinois, et qu'après avoir été rétrocédé, le 1er juillet 1997, à la République populaire de Chine, ce territoire, devenu « Région administrative spéciale de Hong Kong de la République populaire de Chine », n'a pas davantage été soumis à la législation fiscale chinoise, mais a conservé une législation propre relevant de l'administration locale de Hong Kong (*M.*, nº 10PA00919).

(*) Par un jugement du 10 mars 2011, le **tribunal administratif de Versailles** a estimé qu'en versant un dépôt de garantie de 319 840 euros sur un compte bancaire ouvert à Londres, dans la perspective d'assurer ultérieurement la gestion d'une somme de 80 millions de dollars que lui proposait un ressortissant angolais avec lequel elle n'avait jamais entretenu de relations commerciales et qui l'avait contactée depuis l'Afrique du Sud par voie électronique, une entreprise, qui avait eu recours à l'emprunt pour effectuer l'avance en cause, avait pris un risque excessif sans rapport avec son activité réelle et s'était ainsi écartée d'une gestion commerciale normale. Faisant application de la notion de risque excessif pour qualifier un acte anormal de gestion, la juridiction a refusé la déduction en charge de la perte consécutive à l'escroquerie dont avait été victime l'entreprise (*Société ALWI*, nº 0705246).

(*) Par un jugement du 15 mars 2011, le **tribunal administratif de Clermont-Ferrand** a jugé qu'un laboratoire dont l'activité consiste dans le développement de levains pour la production fromagère à partir de souches de bactéries, levures et moisissures ne saurait être regardé, compte tenu de la nature de cette activité, comme exerçant une activité agricole d'élevage d'animaux ou de culture de végétaux, et, par suite, comme pouvant bénéficier tant des exonérations de la taxe professionnelle que de la taxe foncière prévue pour les activités agricoles. En effet, si les bactéries et levures en cause font l'objet successivement d'un ensemencement, d'une incubation puis d'une récolte après multiplication ou développement biologique, qui pourraient s'apparenter aux cycles agricoles, tant la nature des organismes en cause que les conditions concrètes de l'activité ne permettent pas de la regarder comme agricole (*SAS Laboratoire Interprofessionnel de Production*, nº 0802216 et 0802241).

(*) Par un jugement du 16 mai 2011**,** le **tribunal administratif de Versailles** a considéré que le régime fiscal applicable au bénéficiaire d'une prestation compensatoire était déterminé par les termes du jugement fixant cette obligation et ne pouvait être affecté ni par le manque de diligences du débiteur à exécuter son obligation de paiement, ni par le régime d'imposition applicable corrélativement à ce dernier. Dès lors que, dans le cadre d'une procédure de divorce, la cour d'appel de Versailles avait accordé à l'épouse une prestation compensatoire sous forme d'un capital de 150 000 euros devant être versé dans les douze mois par l'époux, l'administration ne pouvait donc imposer cette somme suivant le régime des pensions alimentaires figurant à l'article 80 quater du code général des impôts, au motif que cette somme avait été effectivement versée, à la suite de l'exercice de poursuites en paiement, plus de douze mois à compter de la date à laquelle le jugement de divorce était passé en force de chose jugée (*Mme*, n° 0712057).

(*) Le **tribunal administratif de Montreuil**, par un jugement du 30 juin 2011, s'est prononcé sur les modalités de calcul de la taxe sur la valeur ajoutée brute opérée par une entreprise spécialisée dans le commerce de détail de grande surface. Lors de l'établissement des déclarations mensuelles, la société déterminait le montant de la base imposable en appliquant au prix TTC de chaque article vendu un coefficient de conversion permettant d'aboutir au prix HT de cet article, puis au montant de la taxe sur la valeur ajoutée correspondante, arrondi au centième d'euro inférieur. Le tribunal a confirmé la position de l'administration, selon laquelle la taxe sur la valeur ajoutée exigible ne pouvait être calculée, en vertu des articles 270 et 287 du code général des impôts, qu'à partir du total des ventes TTC du mois, l'arrondi ne s'effectuant qu'au stade de ce calcul global (*SAS Carrefour France*, nos 1000613, 1000614, 1000615, 1000966).

Par un jugement du 30 novembre 2011, le **tribunal administratif de Cergy-Pontoise** a rejeté comme irrecevable le recours pour excès de pouvoir formé par un contribuable visant à ce que l'imposition à la taxe d'habitation soit établie au seul nom de son épouse dont il était divorcé, laquelle avait, par ailleurs, acquitté l'impôt. Le tribunal lui a ainsi opposé que le seul recours ouvert à un contribuable est le recours au juge fiscal permettant de demander la décharge des impositions, à l'exclusion de tout recours tendant à l'imposition d'un tiers (*M.*, n° 1000670).

Par un jugement du 16 décembre 2011, le **tribunal administratif de Toulon** a déclaré irrégulière la procédure d'imposition mise en œuvre par l'administration fiscale, en application des dispositions combinées des article L. 16, L. 16 A et L. 69 du livre des procédures fiscales, au motif que la mise en demeure adressée au contribuable lui demandant de compléter sa réponse à la demande de justification portant sur des crédits bancaires inexpliqués, n'était pas signée. Le tribunal a estimé qu'eu égard aux effets juridiques de la mise en demeure, qui n'est pas une simple mesure d'information, mais qui peut conduire, en l'absence de réponse du contribuable à la mise en œuvre de la taxation d'office, l'absence de signature constitue un vice substantiel de la procédure d'imposition (*M.,* nos 0902573, 0902574).

Convention européenne des droits de l'homme

(*) Par un arrêt du 12 juillet 2011, la **cour administrative d'appel de Lyon** a fait droit à l'argumentation d'un créancier de l'administration qui soutenait que l'application de la prescription quadriennale à sa créance devait être écartée comme incompatible avec les stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La cour a constaté qu'avant l'intervention de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, dont les dispositions ne sont pas applicables aux contentieux en cours à la date de sa publication, le délai de prescription de droit commun, opposable aux créances ordinaires de l'État en vertu des dispositions de l'ancien article 2227 du code civil, était fixé à trente ans par les dispositions de l'ancien article 2262 du code civil. Ainsi, eu égard au mode de calcul de la prescription quadriennale, le délai pendant lequel l'État pouvait alors faire valoir d'éventuelles créances était entre six fois et sept fois et demi supérieur à celui prévu pour qu'un créditeur puisse faire valoir ses propres créances à l'encontre de l'État. La cour a estimé que le souci d'apurer de manière prompte les dettes de l'État et d'éviter de surcharger son budget de dépenses imprévues ne saurait suffire à justifier un tel écart. Elle en a conclu qu'en raison de cet écart, l'application de la prescription quadriennale à une créance existant à l'encontre de l'État devait être regardée comme portant atteinte au droit du détenteur de cette créance au respect de ses biens et comme ayant rompu le juste équilibre à ménager entre la protection de la propriété et les exigences de l'intérêt général (*Société coopérative Bressor*, n° 09LY02807).

Détenus

(*) Par deux arrêts du 30 mai 2011, la **cour administrative d'appel de Paris** a statué sur les décisions de refus opposées par l'administration pénitentiaire, d'une part, aux demandes d'agrément en qualité d'aumônier bénévole des établissements pénitentiaires présentées par des associations locales du culte des Témoins de Jéhovah et, d'autre part, aux demandes d'entretien avec un aumônier agréé formulées par un détenu. Dans ces deux affaires, la cour a jugé que, si la liberté de culte garantie par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme s'exerce en milieu carcéral sous réserve des prérogatives dont dispose l'autorité administrative, en vertu des articles D. 432 à D. 439 du code de procédure pénale, aux fins de préserver l'ordre et la sécurité au sein des établissements pénitentiaires, aucune disposition législative ou réglementaire ne subordonne la désignation d'un aumônier à un nombre minimal de détenus susceptibles de recourir à son assistance spirituelle. Dès lors, en invoquant, de façon générale, l'insuffisance du nombre de détenus se réclamant de la confession des Témoins de Jéhovah pour refuser tant de délivrer à des ministres de ce culte, à la demande d'associations locales dotées du statut d'association cultuelle régie par la loi du 9 décembre 1905, un agrément en qualité d'aumônier que d'accorder à un détenu la possibilité de bénéficier de l'assistance spirituelle d'un ministre de ce culte, l'administration pénitentiaire s'est fondée sur un motif qui ne pouvait légalement justifier de telles décisions. La violation des textes précités et l'absence de prise en compte sur le plan local des attentes religieuses, morales ou spirituelles des

détenus étaient constitutives d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'État (*Garde des Sceaux, ministre de la justice*, nos 10PA03567 et 10PA03619).

Par un jugement du 19 octobre 2011, le **tribunal administratif de Nantes** s'est implicitement estimé compétent pour connaître de l'engagement de la responsabilité de l'État en raison d'une mesure d'exécution d'une ordonnance du juge d'application des peines, à savoir la décision prise par les gendarmes de menotter un prisonnier lors de l'enterrement de sa sœur. Le tribunal a regardé cette décision comme détachable du fonctionnement du service public de la justice. Il a, ensuite, estimé que le chef d'escorte disposait d'un pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de l'article D. 294 du code de procédure pénale relatif au port de menottes ou d'entraves lors des transfèrements et extraction. Dès lors, le choix de menotter et d'entraver un détenu doit être proportionné aux dangers que représente celui-ci dans une situation déterminée. Le tribunal en a conclu que l'administration qui soumet à ces contraintes un détenu âgé, réputé pour être calme, lors de l'enterrement de sa sœur, sans se livrer à une évaluation de la dangerosité du prisonnier, commet une faute susceptible d'engager la responsabilité de l'État (*M.*, no 0802478).

Domaine

(*) Par un jugement en date du 21 octobre 2011, le **tribunal administratif de Paris**, statuant sur une question préjudicielle, a estimé que les parts sociales ultra-minoritaires détenues par un département dans une société autoroutière ne présentent aucun intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique et n'entrent donc pas dans le champ d'application de l'article L. 2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques. Le tribunal a également précisé qu'à supposer qu'indépendamment des biens visés par ces dispositions, d'autres biens publics puissent également, à titre exceptionnel, être intégrés au domaine public mobilier en raison de leur intérêt public éminent, tel ne saurait être le cas des actions ou autres parts et instruments financiers détenus par un département dans une société autoroutière. En effet, ces participations financières ultra-minoritaires ne sont indispensables ni à l'exercice par cette collectivité de ses propres missions de service public, ni au contrôle par les autorités publiques de la mission de service public national d'exploitation des autoroutes confiée à cette société (*Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône*, no 1107940).

Droits civils et individuels

Par un jugement en date du 14 novembre 2011, le **tribunal administratif de Paris** a rappelé que l'article 1er de l'arrêté du 27 juin 2008 relatif à la protection des secrets de la défense nationale au sein des services de la direction centrale du renseignement intérieur a pour seul objet de protéger les données relatives aux missions, aux objectifs, à l'organisation et au fonctionnement de la Direction centrale du renseignement intérieur. Il ne saurait donc être interprété, sauf à méconnaître la définition du niveau confidentiel-défense telle qu'elle résulte du décret du 17 juillet 1998, comme classifiant au moins au niveau confidentiel-défense l'ensemble des informations qui auraient pu être collectées par la Direction centrale du renseignement intérieur dans le cadre de ses missions ou qui lui auraient été transférées à la suite du regroupement des anciennes Direction de la surveillance du territoire et Direction centrale des renseignements généraux. En l'espèce, le ministre de l'intérieur, qui n'a pas produit le moindre élément relatif à la nature des informations concernant le requérant, ne justifie ainsi nullement que l'ensemble des données dont ce dernier sollicitait la communication serait susceptible de porter atteinte au secret de la défense nationale, à la sûreté de l'État ou à la sécurité publique. En conséquence, le tribunal a annulé la décision du ministre refusant de faire droit à la demande de communication litigieuse et lui a enjoint de communiquer au requérant les informations le concernant, à l'exception toutefois, le cas échéant, des seules d'entre elles dont le contenu mentionnerait de façon précise la nature des missions confiées aux services du renseignement dans le cadre desquelles ces données ont été recueillies, et qui seraient comme telles classifiées en application de l'arrêté du 27 juin 2008 (*M.*, no 1020470).

Dans une affaire où était en cause le règlement intérieur d'une école publique qui exige, au nom du principe de laïcité, que les parents d'élèves accompagnant les sorties scolaires respectent dans leur tenue comme dans leur propos la neutralité de l'école laïque, le **tribunal administratif de Montreuil** a, par un jugement du 22 novembre 2011, considéré que le principe de neutralité du service public, appliqué aux personnes participant à l'exécution d'une mission de service public de l'éducation, justifiait ces dispositions. Si les parents d'élèves participant au service public de l'éducation bénéficient de la liberté de conscience qui interdit toute discrimination fondée sur leur religion ou sur leurs opinions, le principe de neutralité de l'école laïque fait obstacle à ce qu'ils manifestent, dans le cadre de l'accompagnement d'une sortie scolaire, par leur tenue ou par leurs propos, leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques (formation élargie, *M.*, no 1012015).

Élections

Par un jugement du 14 juin 2011, le **tribunal administratif de Poitiers**, sur recours du préfet de la Charente, s'est prononcé sur la compatibilité du mandat de conseiller général avec l'exercice des fonctions de lieutenant de sapeur-pompier professionnel employé par le service départemental d'incendie et de secours (SDIS) de la Charente. Le tribunal a jugé que si, aux termes de l'article L. 1424-9 du code général des collectivités territoriales, les sapeurs-pompiers professionnels, officiers et non officiers, sont recrutés et gérés par le SDIS, lui-même administré par un conseil d'administration comprenant des représentants du conseil général dont le nombre ne peut être inférieur aux trois cinquièmes du nombre total des sièges, si le président dudit conseil est le président du conseil général ou l'un de ses membres que celui-ci désigne et si, enfin, le président du conseil d'administration est chargé de l'administration du SDIS et en nomme à ce titre les personnels, le SDIS constitue, en vertu des dispositions de l'article L. 1424-1 de ce code, un établissement public placé, aux termes de l'article L. 1423-3 du même code, « *pour emploi* » sous l'autorité du préfet. Ainsi, l'intéressé, élu en qualité de conseiller général, employé par le SDIS de la Charente,

personne juridique distincte du département, ne peut donc être regardé comme étant un salarié du département. Par ailleurs, et alors même que le département, tout comme d'ailleurs les communes et les établissements publics de coopération intercommunale compétents, verse au SDIS une contribution constituant une dépense obligatoire et y exercerait une influence non négligeable, l'élu ne peut être regardé comme subventionné sur les fonds départementaux de la Charente au sens de l'article L. 207 du code électoral (*Préfet de la Charente*, n° 1100816*)*.

Enseignement et recherche

(*) En se référant notamment au principe d'égalité de traitement des personnes handicapées, le **tribunal administratif de Pau** a, par jugement du 7 avril 2011, estimé que, dès lors que la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées avait constaté, sur le fondement de l'article L. 351-3 du code de l'éducation, qu'un enfant pouvait être scolarisé en milieu scolaire ordinaire à condition de bénéficier d'un soutien pédagogique de 15 heures par semaine, l'inspecteur d'académie était tenu de faire bénéficier cet enfant du soutien d'un assistant d'éducation dont la formation répondait aux conditions posées par le même article L. 351-3. Le tribunal a donc censuré la décision de l'inspecteur d'académie, affectant auprès de l'enfant non un assistant d'éducation, mais une personne ne remplissant pas les conditions requises de diplôme ou d'expérience professionnelle (*M. et Mme*, n° 1002421).

Par une ordonnance en date du 1er juillet 2011, l**e juge des référés du tribunal administratif de Paris**, saisi d'une demande de suspension de la décision verbale du ministre chargé de l'Éducation nationale de ne pas tenir compte du premier exercice de probabilité de l'épreuve de mathématiques du baccalauréat scientifique, a considéré que rien ne permettait de préjuger que l'exécution de la décision attaquée aurait nécessairement pour effet de baisser la note finale de la candidate et que les conséquences négatives ainsi alléguées de la décision critiquée et des modes d'application des nouveaux barèmes mis en œuvre à la suite de cette décision étaient purement hypothétiques. Il a relevé que s'il ordonnait la suspension de la décision contestée, il incomberait alors au ministre d'apprécier s'il devait de nouveau modifier le barème ou organiser une nouvelle épreuve. Or, l'application d'un barème différent de celui retenu aurait nécessité de procéder à une nouvelle correction des 160 166 copies des candidats et aurait désorganisé les modalités d'inscription dans les établissements d'enseignement supérieur de tous les bacheliers en retardant la proclamation de l'ensemble des résultats du baccalauréat. Il a également relevé que l'organisation d'une nouvelle épreuve la différerait encore davantage, mobiliserait des moyens humains et matériels très importants et n'aboutirait pas nécessairement à la satisfaction de l'intérêt particulier invoqué par les requérants, compte tenu de la part d'aléa inhérente à chaque examen. Il en a déduit que la suspension de la décision litigieuse créerait de graves difficultés de fonctionnement du service public de l'Éducation nationale et de celui de l'enseignement supérieur et porterait une atteinte excessive à l'intérêt public. Il a ainsi considéré que, dans ces conditions, compte tenu également des intérêts privés des autres candidats qui ne rejoignaient pas nécessairement celui des requérants, la condition d'urgence n'était pas, en l'espèce, remplie (*Mlle*, n° 1111177).

Étrangers

(*) Par un jugement du 29 octobre 2011, **le magistrat désigné du tribunal administratif de Melun** a rappelé qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'autorise le placement en rétention par l'autorité préfectorale d'enfants mineurs d'un étranger, lui-même placé en rétention, sans que ce dernier ait manifesté la volonté de garder ses enfants près de lui. Il a ainsi jugé que la circonstance que les enfants mineurs d'un ressortissant tchétchène avaient été conduits au centre de rétention du Mesnil-Amelot en même temps que leur père, sans que ce dernier ait eu le choix de les emmener ou non avec lui, alors que le préfet faisait valoir en défense que «*les enfants mineurs des étrangers en situation irrégulière accompagnent leurs parents lorsque ceux-ci regagnent de manière forcée leur pays*», révélait l'existence de décisions non formalisées de placement en rétention des enfants prises par le préfet. Ces décisions étant dépourvues de base légale, elles ont dès lors été annulées par le magistrat désigné (*M.*, n° 1108027).

Fonctionnaires et agents publics

Par un arrêt du 4 août 2011, la **cour administrative d'appel de Nancy** a rappelé que le principe de la protection juridique, prévue également par la loi, notamment en ce qui concerne les fonctionnaires et agents non titulaires par l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant statut général de la fonction publique, et par les articles L. 2123-34, L. 2123-35, L. 3123-28, L. 3123-29, L. 4135-28 et L. 4135-29 du code général des collectivités territoriales, s'agissant des exécutifs des collectivités territoriales, s'applique à tous les agents publics, quel que soit le mode d'accès à leurs fonctions. Aussi, elle a considéré qu'en raison des fonctions qui lui étaient dévolues en cette qualité, le président d'un office public d'aménagement et de construction devait être regardé comme un agent public pour l'application de ce principe général du droit selon lequel il incombe à la collectivité publique, lorsqu'il est mis en cause par un tiers en raison de ses fonctions, de le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui, dans la mesure où une faute personnelle détachable du service ne lui est pas imputable, de lui accorder sa protection dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales, sauf s'il a commis une faute personnelle, et, à moins qu'un motif d'intérêt général ne s'y oppose, de le protéger contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages dont il est l'objet (*M.*, n° 10NC00924).

Par un jugement du 17 mai 2011, le **tribunal administratif de Grenoble** a jugé qu'un maire, en sa qualité de chef des services municipaux, était compétent soit pour établir, en faveur des fonctionnaires de la commune, un régime fixant les règles d'autorisation d'absences pour fêtes et cérémonies religieuses autres que celles inscrites au calendrier des fêtes légales, soit, à défaut de telles règles, de statuer au cas par cas sur les demandes d'autorisations exceptionnelles d'absences présentées par les agents placés sous son autorité, en appréciant si leur octroi est ou non compatible avec les nécessités du fonctionnement normal du service. Le tribunal a également jugé que le maire commettait une erreur de droit en s'estimant tenu de refuser une autorisation d'absence pour participer à une cérémonie ou une fête religieuse autres que celles inscrites au calendrier des fêtes légales,

sans rechercher si la demande était ou non compatible avec les nécessités du service, au motif que cette cérémonie ou fête ne figure pas dans la liste jointe à la circulaire du ministre chargé de la fonction publique rappelant aux chefs de services et aux administrations publiques que des autorisations d'absences peuvent être accordés aux fonctionnaires désireux de participer à telles fêtes ou cérémonies, ladite circulaire étant dépourvue de caractère réglementaire et impératif et, au surplus, inapplicable dans les collectivités territoriales (*M.*, nº 0901933).

Par un jugement du 3 novembre 2011, l**e tribunal administratif de Caen** a estimé que le syndicat Sud Collectivités territoriales ne justifiait pas d'un intérêt à agir suffisant pour demander l'annulation de la décision par laquelle la directrice de la bibliothèque municipale de Caen a ouvert exceptionnellement cet établissement un dimanche afin d'accueillir la population évacuée, ce jour-là, pour permettre l'intervention du service de déminage à la suite de la découverte, en ville, d'une bombe datant de la Seconde Guerre mondiale. Il a jugé que l'ouverture constituait une mesure d'organisation du service qui ne portait atteinte ni aux droits des agents, ni aux prérogatives de leur corps dans la mesure où elle était due à un événement imprévisible, qu'elle ne modifiait pas les conditions habituelles de travail du personnel de la bibliothèque et reposait exclusivement sur le volontariat des agents (*Syndicat Sud Collectivités territoriales de Basse-Normandie*, nº 1000260).

Par un jugement du 5 décembre 2011, le **tribunal administratif de Cergy-Pontoise** a condamné une commune pour une promesse d'embauche non tenue. Le tribunal s'est fondé sur des échanges de courriels entre le directeur du cabinet du maire et l'intéressé pour établir qu'une promesse de recrutement avait effectivement été formulée par la commune, l'un des courriels produits explicitant précisément la nature de l'emploi, la rémunération envisagée et les avantages associés. Le tribunal condamne également, ce qui est inédit dans le domaine du droit de la fonction publique, la commune sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Il était, en effet, établi par les pièces du dossier que le requérant avait apporté son concours à la commune dans le cadre de l'organisation d'un festival et qu'il avait d'ailleurs été en partie rémunéré sur présentation d'une facture pour une prestation. Celle-ci s'étant poursuivie dans le temps et la commune ayant procuré à son prestataire les documents nécessaires à son élaboration, elle était tenue même en l'absence formelle d'un contrat, de rémunérer cette prestation (*M.*, nº 0901468).

Marchés et contrats administratifs

Par un arrêt du 3 novembre 2011, la **cour administrative d'appel de Lyon** a considéré que, lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la durée maximale d'une convention de délégation de service public doit être appréciée en tenant compte de la durée normale d'amortissement des investissements, dont le point de départ est la date d'achèvement des installations et la mise en service de l'ouvrage. Dans ces conditions, la durée maximale de vingt années des conventions dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, prévue à l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, doit être entendue comme concernant la seule période d'exploitation de l'ouvrage, au cours de laquelle le délégataire se voit effectivement confier la gestion d'un service public, à l'exclusion de la période préalable de travaux (*Société Veolia Propreté*, nº 10LY00536).

Par une ordonnance du 16 septembre 2011, le **juge des référés du tribunal administratif de la Polynésie française** a été conduit à faire usage des pouvoirs que tient le juge des référés de l'article L. 521-3 du code de justice administrative dans des conditions assez particulières. Après la fin de son contrat, le prestataire de services de la commune de Moorea-Maiao n'avait pas remis à celle-ci les codes et mots de passe nécessaires à la gestion de son site Internet. De plus, les connexions à ce site étaient automatiquement redirigées vers un site à caractère pornographique. Saisi par la commune, le juge des référés a donc ordonné au prestataire de services de remettre immédiatement à la commune les codes et tous autres moyens nécessaires pour mettre fin à l'utilisation frauduleuse du site et lui permettre d'en reprendre la maîtrise. En outre, il a autorisé la commune, en cas d'abstention du prestataire, à se substituer à celui-ci pour parvenir aux mêmes fins auprès de l'hébergeur du site (*Commune de Moorea-Maiao*, nº 1100437).

(*) Le **tribunal administratif d'Orléans** a été saisi d'une affaire dans laquelle un centre hospitalier qui avait conclu avec une polyclinique une convention constitutive d'un groupement de coopération sanitaire, prévu par l'article L. 6133-1 du code de la santé publique, avait ensuite conclu, sans mise en concurrence préalable, avec une Selarl, associée de la polyclinique et formée par les radiologues exerçant au sein des deux établissements membres du groupement de coopération sanitaire, un contrat par lequel cette société prendrait en charge la totalité des actes d'imagerie médicale devant être dispensés aux patients du centre hospitalier. Le tribunal a, par un jugement du 22 septembre 2011, considéré que la Selarl cocontractante de l'hôpital, société de droit privé dotée de la personnalité morale, qui n'était pas elle-même membre du groupement de coopération sanitaire, ne pouvait être regardée, de par son statut, comme un professionnel médical exerçant dans un établissement de santé membre du groupement au sens des dispositions du 3° de l'article L. 6133-1 du code la santé publique. Toutefois, le tribunal a jugé que, si le secteur de la santé publique, en tant que secteur économique et du point de vue de la libre prestation de services, n'était pas nécessairement exonéré du respect du principe de libre concurrence et que, de ce fait, une personne publique qui décidait de confier à un tiers la gestion d'un service public de santé devait, en principe, conclure un marché public de services, il pouvait en aller autrement lorsque, eu égard aux conditions particulières dans lesquelles s'exerçait l'activité en cause, le tiers auquel les personnes publiques s'adressaient ne pouvait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel. Les prestations de la Selarl s'exerçant dans le cadre strict de l'organisation des soins au sein de l'hôpital public, en respectant toutes ses contraintes et ses modalités d'organisation, sa rémunération étant également soumise aux prescriptions réglementaires, le tribunal a admis que la Selarl, au regard des conditions particulières d'exercice de son activité, n'était pas un opérateur sur un marché concurrentiel, et que l'hôpital avait donc pu valablement se dispenser de toute mise en concurrence préalable (*SELARL Radiodiagnostic du Giennois*, nº 1004376).

Nature et environnement

Par un arrêt du 29 novembre 2011, la **cour administrative d'appel de Bordeaux** a estimé que si, en règle générale, les orientations d'un schéma d'aménagement régional ne sont pas directement opposables à une demande d'autorisation présentée sur le fondement des dispositions de l'article L. 511-1 du code de l'environnement, il en va autrement lorsque ces orientations, en raison de leur précision, impliquent que leur respect soit contrôlé par l'administration chargée de se prononcer sur une telle demande et, le cas échéant, par le juge. Dans l'hypothèse où le projet faisant l'objet de la demande d'autorisation est incompatible avec ces orientations, l'autorisation ne peut donc être légalement délivrée, quand bien même le document d'urbanisme applicable dans la commune ne ferait pas obstacle à cette délivrance. En l'espèce, les orientations du schéma régional de la Martinique adopté par le conseil régional en application de l'article L. 4433-7 du code général des collectivités territoriales et approuvé en dernier lieu par un décret en Conseil d'État du 20 octobre 2005 étaient, en ce qui concerne les carrières, ainsi rédigées : « *Dans le Nord Caraïbe et le Sud Caraïbe, l'exploitation des carrières, seule activité industrielle d'envergure, pose un problème de compatibilité avec le développement touristique souhaité et la préservation des sites. Cependant cette activité demeure capitale pour la Martinique dont les besoins à court terme ne pourront être satisfaits qu'au prix d'extension des carrières d'Anse d'Arlet, Diamant et Saint-Pierre. L'arbitrage rendu est donc le suivant : - développement des carrières du Nord Caraïbe en raison du poids économique et social de cette activité dans la région mais avec une réforme en profondeur du mode de transport des matériaux qui sera progressivement réorienté vers le convoyage maritime. / – Extension des seuls sites existants dans le Sud Caraïbe* ». Après avoir estimé que ces orientations n'étaient ni caduques ni illégales, la cour a annulé une autorisation d'exploitation d'une carrière nouvelle à ciel ouvert d'andésite, portant sur plus de dix hectares et d'une production annuelle de 180 000 tonnes, située à Sainte-Luce, commune de la zone « Sud Caraïbe », en se fondant sur l'incompatibilité de cette autorisation avec ces orientations (*Société centrale des carrières*, n° 11BX00456, 11BX00457).

Par un jugement du 11 janvier 2011, le **tribunal administratif de Nantes** a rejeté le recours formé par l'association « AVIF et autres » contre les « zones de solidarité » instituées par l'État à la suite de la tempête Xynthia sur le territoire des communes de la Faute-sur-Mer et de l'Aiguillon-sur-Mer, en jugeant que ces documents ont un caractère préparatoire aux procédures administratives et juridiques qui doivent ultérieurement être mises en œuvre sur les territoires concernés (*Association de défense des victimes des inondations de la Faute-sur-Mer et des environs et autres*, n° 1003953).

Par plusieurs jugements du 7 juillet 2011, le **tribunal administratif de Poitiers** a également été amené à statuer sur le caractère décisoire de l'instauration de « zones noires », devenues le 15 avril 2010 des « zones de solidarité », à la suite de la même tempête Xynthia qui, le 28 février 2010, avait submergé le territoire de plusieurs communes littorales de la Charente-Maritime. Le tribunal a considéré que les zones de solidarité qui étaient définies par l'administration comme incluant des secteurs soumis à un risque très élevé de submersion marine, présentant un danger extrême pour la vie des personnes, sans possibilité de protection efficace, n'avaient pour seule conséquence que de permettre aux habitants concernés, d'entrer dans le processus d'acquisition instauré par l'administration. Le tribunal a précisé que les cartographies des zones de solidarité n'entraînaient par elles-mêmes aucune expropriation, dépossession, évacuation, délocalisation, destruction ou interdiction d'habiter et ne modifiaient pas davantage les règles de droit, notamment en matière d'urbanisme, applicables dans les zones concernées. N'ayant aucun effet juridique direct tant sur la situation des immeubles situés dans les zones de solidarité qu'elles avaient pour objet de recenser qu'au regard des droits et obligations de leurs habitants qui n'étaient pas tenus de souscrire à la proposition d'acquisition faite par l'administration, les zonages ainsi institués ont également été considérés par le tribunal comme ne présentant pas le caractère de décision faisant grief susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir (*Association de Défense des riverains de Lauzières et autres* n° 1002812 et n° 1002973).

(*) Par un jugement du 23 juin 2011, le **tribunal administratif de Nîmes** a annulé le plan de prévention des risques d'inondation du bassin versant de l'Ouvèze sur la commune de Vaison-la-Romaine, approuvé le 30 avril 2009 par le préfet de Vaucluse, en tant qu'il avait classé en zone de danger des zones dans lesquelles la hauteur d'eau était inférieure à 0,50 mètre avec des vitesses d'écoulement moyenne, des zones d'aléa faible et des zones d'aléa très faible. Le tribunal s'est fondé sur les travaux parlementaires relatifs aux dispositions issues de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003, lesquelles avaient modifié l'article L. 562-1 II du code de l'environnement, pour confirmer que le législateur avait entendu procéder à une distinction entre, d'une part, les zones de danger dans lesquelles le risque d'inondation apparaît manifeste et important et, d'autre part, les zones de précaution, dans lesquelles ces risques sont plus modérés. Les zones visées par l'annulation partielle du plan ne pouvaient être regardées comme de telles zones de danger (*Commune de Vaison-la-Romaine*, n° 0903079).

Par un jugement du 15 novembre 2011, le **tribunal administratif d'Amiens** a annulé la décision du 13 janvier 2009 du ministre de l'écologie autorisant une société à exploiter une installation de production d'électricité sur le territoire de la commune de Verberie en estimant que la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, qui rappelle le principe de la séparation des législations, n'a pas pour objet de dispenser le ministre du respect de l'ensemble des critères d'octroi d'autorisation d'exploiter posés par la loi, notamment ceux relatifs au choix des sites et à la protection de l'environnement, au motif que l'installation relève, par ailleurs, de la législation des installations classées pour l'environnement et de la législation de l'urbanisme. La juridiction a également estimé qu'à supposer que le ministre ait effectivement examiné la demande au regard des enjeux environnementaux locaux et apprécié les critères fixés par la loi, l'installation en cause doit être réalisée sur des terres agricoles, sur un terrain situé à proximité d'une zone Natura 2000 et à environ 300 mètres du corridor écologique de Verberie Roberval, qui constitue un corridor de circulation de la faune majeur à l'échelle régionale et nationale, et qu'ainsi, le ministre avait entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation (*Association Pas de centrale en Basse automne et ROSO*, n° 0901151).

Par un jugement du 13 décembre 2011, le **tribunal administratif de Grenoble** a estimé que, lorsqu'il fixe, en application de l'article R. 229-9 du code de l'environnement, les quotas d'émission de gaz à effet de serre applicables à chacun des exploitants concernés, le ministre chargé de l'environnement est en situation

de compétence liée par rapport au plan national d'affectation des quotas d'émission de gaz à effet de serre prévu par l'article L. 229-8 du même code et se trouve ainsi tenu d'attribuer les quotas individuels qui résultent des montants globaux par secteur d'activité et de la clé de répartition par exploitant déterminés par ce plan (*Société Isergie,* nº 0800730).

Police

Par un arrêt du 27 janvier 2011, la **cour administrative d'appel de Nantes** a estimé qu'en s'acquittant de son propre chef de l'amende forfaitaire relative à une infraction constatée par radar automatique avant même d'avoir reçu l'avis de contravention sur lequel figure les informations prévues aux articles L. 223-3 et R. 223-3 du code de la route, le requérant s'est volontairement mis en situation de ne pas recevoir lesdites informations. Il ne peut donc utilement soutenir que la décision de retrait de points consécutive à cette infraction serait intervenue, pour ce motif, au terme d'une procédure irrégulière (*M.*, nº 10NT00307).

Par un arrêt du 24 mars 2011, la **cour administrative d'appel de Douai** a jugé qu'aucun principe général, ni aucune disposition législative ou réglementaire ne fait obligation au titulaire d'un permis de conduire de déclarer à l'autorité administrative sa nouvelle adresse en cas de changement de domicile ou de mettre en place une procédure de suivi du courrier. De ce fait, alors même que le contrevenant n'aurait pas signalé ce changement aux services compétents, la présentation à une adresse où il ne réside plus, du pli notifiant une décision relative à son permis de conduire, prise à l'initiative de l'administration, n'est pas de nature à faire courir à son encontre le délai de recours contentieux. Le premier juge a donc commis une erreur de droit en jugeant, alors même que le requérant justifiait avoir déménagé à compter du 1er septembre 2009, que la présentation d'un pli le 19 septembre 2009 à une adresse erronée valait notification régulière de la décision « 48 SI » contestée, au motif que la non-réception du pli litigieux provenait de la seule négligence de l'intéressé à prendre les dispositions nécessaires pour faire suivre son courrier au cours de la période qui avait suivi son déménagement. Toutefois, si l'administration établit qu'une telle procédure a été mise en place et que le pli recommandé avec accusé de réception a été présenté à la nouvelle adresse pendant la durée de la procédure de suivi du courrier, la notification sera considérée comme régulière (*M.*, nº 10DA01288).

Par un arrêt du 17 novembre 2011, la **cour administrative d'appel de Marseille** a rappelé que les dispositions de l'article 3 de la loi du 5 juillet 2000 relative à l'accueil et à l'habitat des gens du voyage laissent au préfet le soin d'apprécier, sous le contrôle du juge, si, compte tenu des circonstances et de la nature des manquements constatés, il y a lieu de mettre en demeure les communes qui n'ont pas rempli les obligations mises à leur charge par le schéma départemental d'accueil puis, le cas échéant, de se substituer à elles pour acquérir les terrains nécessaires, réaliser les travaux d'aménagement et gérer les aires d'accueil au nom et pour leur compte. En l'espèce, la cour a estimé qu'au regard notamment du fait que seules trois aires avaient été réhabilitées et aucune créée à la date de la décision contestée, cinq ans après la publication du schéma départemental d'accueil des gens du voyage des Bouches-du-Rhône, alors que seules quelques réunions de concertation avaient été conduites sur cette période, au cours desquelles d'ailleurs certaines communes avaient fait part de leur opposition franche à toute création d'aire d'accueil, se mettant ainsi en infraction avec la loi, le préfet avait commis une erreur manifeste d'appréciation en refusant de mettre en demeure les communes défaillantes (*Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales*, nº 10MA00777).

Par un jugement du 29 septembre 2011, le **tribunal administratif de Limoges**, saisi par les habitants d'une commune vivant dans des habitats dits « alternatifs » tels que cabanes ou yourtes implantées sur des terrains qui, pour certains, leur appartenaient, s'est prononcé sur la légalité d'arrêtés par lesquels le maire, motif pris notamment de l'irrégularité et de l'insalubrité de ces habitats, avait interdit sur la quasi-totalité du territoire de la commune, d'une part, le camping et le caravaning et, d'autre part, l'implantation de résidences mobiles et d'habitations légères de loisirs. Le tribunal a estimé que les conditions d'occupation insalubres des yourtes et cabanes, qu'il a qualifiées d'installations permanentes, ne pouvaient justifier une réglementation du camping et du caravaning, lesquels relèvent d'un régime juridique différent. Il a, par ailleurs, jugé que le maire n'avait en principe pas compétence pour réglementer l'implantation d'habitats de loisirs, qui sont des constructions au sens du code de l'urbanisme, sur le fondement de ses pouvoirs généraux de police sauf en cas de péril imminent et qu'en l'espèce, ni l'irrégularité d'implantations existantes au regard du droit de l'urbanisme, ni l'absence de raccordement aux réseaux d'eau et d'assainissement de certaines habitations dans une zone géographiquement limitée ne justifiaient une interdiction quasi générale d'implantation des habitations légères de loisirs (*M.. et autres,* nº 0901596, 1001769).

Procédure

Par un arrêt du 18 février 2011, la **cour administrative d'appel de Nantes** a rappelé qu'en application des dispositions des articles R. 711-3 et R. 712-1 du code de justice administrative, il appartient aux rapporteurs publics de faire connaître à l'avance le sens de leurs conclusions afin de mettre les justiciables en mesure d'apprécier l'opportunité d'assister à l'audience publique, d'y présenter des observations orales à l'appui de leur argumentation écrite et, le cas échéant, de produire une note en délibéré. La cour a donc estimé irrégulière la procédure suivie devant le tribunal administratif dès lors que le système informatique de suivi de l'instruction dit *Sagace* faisait mention, avant l'audience, de ce que le rapporteur public concluait à un rejet au fond de la requête alors qu'il est constant, d'une part, qu'il s'est prononcé à l'audience en faveur d'un rejet de cette requête comme irrecevable, d'autre part, que ni le requérant ni son avocat n'ont été informés, de quelque manière que ce soit, de la modification du sens de ces conclusions. La cour a relevé que la circonstance que l'avocat du requérant a pu, en application de l'article 2 du décret nº 2009-14 du 7 janvier 2009, présenter des observations orales après le prononcé desdites conclusions était indifférente (*Association de défense Montesquieu-Balzac*, nº 10NT00095).

Responsabilité de la puissance publique

Par un arrêt du 3 mai 2011, la **cour administrative d'appel de Bordeaux** a jugé que, lorsque la victime d'un dommage médical a été prise en charge par deux établissements de santé relevant de régimes juridiques différents, l'un public, l'autre privé, et que deux fautes successives et indépendantes commises par ces établissements de soins ont fait perdre à la patiente la chance d'un diagnostic précoce et d'une prise en charge appropriée de l'affection dont elle souffrait (accident vasculaire cérébral), la victime pouvait obtenir la condamnation du seul hôpital public, coauteur du dommage, à la réparation de l'entier dommage. Aucune de ces deux fautes n'ayant été déterminante mais chacune ayant concouru à l'ensemble du préjudice, la cour a écarté l'hypothèse d'un partage de responsabilité entre les coauteurs en conséquence de leurs fautes respectives et n'a pas retenu le caractère exonératoire à l'égard du centre hospitalier du fait du tiers privé. L'établissement public est tenu ainsi d'assurer la réparation intégrale du dommage sans préjudice de l'action récursoire qu'il pourra former contre l'autre auteur du dommage (*Caisse générale de sécurité sociale de la Réunion et Consorts. c/ centre hospitalier départemental Félix Guyon*, n° 10BX00583*)*.

Par un jugement du 25 novembre 2011, le **tribunal administratif de Paris** s'est prononcé, en matière d'accident médical non fautif ouvrant droit à réparation au titre de la solidarité nationale, sur la notion de conséquences anormales au regard de l'état de santé du patient comme de l'évolution prévisible de celui-ci (article L. 1141-1 du code de la santé publique). Il a estimé que les conséquences de l'accident médical étaient anormales dès lors que l'hypothèse d'une survenue spontanée d'un dommage identique à celui enduré par le requérant du fait de l'accident (en l'espèce une hémiplégie) ne présentait pas une probabilité suffisamment élevée de se produire, à brève échéance, avant l'intervention ayant provoqué l'accident médical (*M.*, n° 1006696).

(*) Par un arrêt du 23 juin 2011, la **cour administrative d'appel de Paris** a été appelée à se prononcer sur les principes régissant l'indemnisation du préjudice né de l'éviction irrégulière d'une société, par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), de la procédure d'attribution de fréquences radiophoniques. Transposant dans ce domaine la méthode d'indemnisation appliquée en matière d'éviction d'un marché public (CE, 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua TP*, n° 249630), la cour a estimé qu'il appartenait au juge de vérifier d'abord si le candidat était ou non dépourvu de toute chance d'obtenir l'autorisation d'exploiter un service de radiodiffusion sonore. Elle a considéré que si, dans l'affirmative, le candidat ne pouvait prétendre à aucune indemnité, il avait en principe droit, dans la négative, au remboursement des frais qu'il avait engagés pour présenter sa candidature. Elle a, de surcroît, jugé que, dans cette dernière hypothèse, il y avait lieu ensuite de rechercher si le candidat avait, pour chacune des zones géographiques sur lesquelles portait l'appel à candidatures, des chances sérieuses d'obtenir une autorisation, auquel cas lui était ouvert un droit à réparation du manque à gagner incluant d'ailleurs les frais précités (cf. en matière de marchés publics : CE, 8 février 2010, *Commune de la Rochelle*, n° 314075) (*Conseil supérieur de l'audiovisuel, Société Vortex*, n^{os} 09PA05578-09PA06398).

Par un jugement du 12 mai 2011, le **tribunal administratif de Rouen** a estimé que la responsabilité de l'État peut être engagée devant les juridictions administratives pour défaillance dans l'organisation du service en raison de carences dans l'appréhension du harcèlement moral dont un élève a fait l'objet au sein d'un établissement public scolaire. En l'espèce, le tribunal administratif de Rouen a reconnu l'existence d'une faute dans l'organisation du service et un lien de causalité entre celle-ci et le suicide d'un jeune collégien (*Consorts.*, n° 0901466).

Par un jugement du 28 juin 2011, le **tribunal administratif de Marseille** a fait droit à la requête d'une ancienne pupille de l'État qui faisait valoir que les services de l'État avaient commis une faute en retenant les lettres et les présents qui lui étaient adressés par son père naturel, alors qu'elle était enfant, et en la privant ainsi de la possibilité de conserver des liens avec lui dont elle avait ignoré l'existence. Elle reprochait également aux services de l'État de ne pas l'avoir informée à sa majorité qu'un livret d'épargne était ouvert à son nom, où avait été placé l'argent provenant des emplois qu'elle avait exercés étant mineure. Le tribunal juge également que le délai de la prescription quadriennale n'a pu courir qu'à compter de la consultation par l'intéressée de son dossier au service d'adoption de l'État qui lui a permis de découvrir ces éléments. Le tribunal a estimé ainsi que le litige était détachable des décisions relatives à l'admission en qualité de pupille de l'État et relevait bien de la compétence de la juridiction administrative (*Mme,* n° 0901182).

Le **tribunal administratif d'Orléans** a été saisi par une société, spécialisée dans la fabrication de produits de garniture d'étanchéité, qui avait utilisé pendant de longues années de l'amiante, et avait été condamnée par le tribunal des affaires de sécurité sociale à indemniser les ayants droit d'un ancien salarié décédé d'un mésothéliome classé maladie professionnelle, dans le cadre de son obligation d'assurer la protection de la santé de ses salariés, d'une demande tendant à ce que l'État soit condamné à lui rembourser la somme ainsi mise à sa charge, du fait de son inertie à prendre les réglementations protectrices des salariés, en soutenant sans être contredite, avoir respecté, voire devancé, la réglementation en vigueur à chaque époque. Par jugement du 7 juillet 2011, le tribunal a estimé que la responsabilité de l'État était effectivement engagée pour faute, du fait de la carence dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante. Il a toutefois estimé que la société, qui soulignait elle-même que son président avait dirigé la chambre syndicale de l'amiante et qu'elle était impliquée au sein de l'industrie de l'amiante dans les recherches menées sur le sujet, ne pouvait, pas plus que l'État, ignorer les risques qu'elle faisait courir à ses salariés. Il a jugé que, même si elle a par ailleurs respecté la réglementation, elle a ainsi également et directement concouru pour moitié à la réalisation des conditions ayant conduit au développement de la maladie professionnelle dont est décédé son salarié. Enfin, le tribunal a écarté toute réparation du préjudice d'image de la société comme non établi. Il a indiqué, au surplus, que l'auteur d'un dommage, condamné à ce titre par le juge judiciaire, qui exerce devant la juridiction administrative une action nécessairement subrogatoire, ne peut demander réparation d'un préjudice propre (*Société Latty International*, n° 1001564).

Transports

Saisie de recours dirigés contre l'arrêté préfectoral déclarant d'utilité publique le projet du Tram-train de la Réunion et portant mise en compatibilité de plans locaux d'urbanisme, la **cour administrative d'appel de Bordeaux** a annulé dans son intégralité cet acte. Elle a jugé, par un arrêt du 30 juin 2011, qu'il avait été pris à l'issue d'une procédure entachée d'une irrégularité substantielle au regard du décret nº 84-617 du 17 juillet 2004 relatif aux grands projets d'infrastructures. Elle a relevé, au terme d'une analyse détaillée de l'évaluation économique et sociale du projet, contenue dans les dossiers soumis aux enquêtes publiques qui en déduisaient que le projet était « significativement rentable pour la société », les lacunes de cette évaluation quant aux modalités de financement du projet, seulement évoquées par référence à un partenariat public-privé dont les conditions, telles qu'elles pouvaient être estimées au moment des enquêtes publiques, n'étaient pas indiquées, ainsi que les insuffisances affectant l'évaluation elle-même des dépenses physiques entraînées par ce projet, des coûts significatifs étant sous-estimés et même omis (gros entretien et renouvellement). Elle a estimé que ces lacunes et insuffisances, qui ne permettaient pas de tenir pour réaliste le bilan socio-économique, ni de mesurer l'effort financier de la collectivité, ne mettaient pas à même le public d'apprécier l'utilité publique de l'opération (*M. et Association tracé tram,* nº 09BX01492-1891).

Travail

(*) Par une ordonnance du 3 novembre 2011, le **juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise** s'est prononcé sur les modifications apportées par la loi du 20 aout 2008 aux conditions dans lesquelles les modalités d'organisation des élections professionnelles au sein d'une entreprise peuvent être déterminées par accord entre représentants de l'employeur et organisations syndicales. Si les articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code du travail, dans leur version issue de cette loi, exigent la signature de l'accord par la majorité des organisations syndicales ayant participé à cette négociation, au lieu de la règle de l'unanimité des organisations syndicales représentatives prévue antérieurement, la condition de majorité ainsi édictée doit s'apprécier par rapport aux organisations syndicales dont les délégués étaient effectivement présents lors de la réunion à l'issue de laquelle l'accord a été signé, sans imposer à ces derniers de rester jusqu'au terme de cette réunion. Ainsi, le juge des référés a estimé que le moyen tiré de la méconnaissance des articles L. 2314-31 et L. 2322-5 du code du travail, dont les dispositions prévoient qu'à défaut d'accord régulièrement conclu en vertu des articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 du code précité relatifs aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, les modalités d'organisation des élections professionnelles sont fixées par l'autorité administrative, n'était pas susceptible, en l'état de l'instruction de créer, au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, un doute sérieux concernant la légalité de décisions par lesquelles l'autorité administrative a fixé les modalités d'organisation des élections professionnelles au sein d'une entreprise dès lors que l'accord conclu au sein de cette dernière qui a été signé par seulement deux organisations syndicales sur les quatre présentes lors de la réunion de négociation, n'a pas été signé par la majorité des organisations syndicales ayant participé à sa négociation, au sens des articles L. 2314-3-1 et L. 2324-4-1 même si les organisations non signataires ont quitté la réunion avant son terme (*SAS AVIS location de voitures*, nº 1108330).

(*) Par deux jugements du 8 mars 2011, le **tribunal administratif de Marseille** s'est prononcé sur l'existence d'un groupe auquel appartiendrait une société, employeur d'un salarié protégé faisant l'objet d'une procédure de licenciement pour motif économique. Il a estimé que la société employeur du salarié était détenue à 100 % par une autre société dont le siège social était basé au Luxembourg, elle-même propriété d'un fonds d'investissement et que, lors de l'acquisition quelques années auparavant de nouveaux titres par la société employeur, soutenue dans cette opération par le fonds précité, un groupe avait été créé et doté d'organes dirigeants propres. Le tribunal a jugé que l'employeur n'avait donc pas satisfait à son obligation de reclassement en s'abstenant de rechercher des postes vacants au sein de ce groupe alors, au demeurant, que de tels postes existaient et étaient susceptibles d'être proposés aux salariés dont le licenciement était envisagé (*M.,* nº 0808501 *et M.,* nº 0808500).

(*) Par trois jugements du 29 novembre 2011, le **tribunal administratif de Marseille** s'est également prononcé sur la notion de « secteur d'activité » au sens des dispositions du code du travail applicables en matière de licenciement pour motif économique. Il a estimé que le secteur appelé « biens d'équipement » par la société employeur, laquelle dispose d'une enseigne très connue dans le domaine de la grande distribution, ne constituait qu'un secteur de vente particulier au sein de la même activité de vente en grande surface et ne saurait être regardé comme un secteur d'activité au sens des dispositions précitées. Le tribunal a jugé que cette société ne pouvait donc se borner à faire état du tassement de l'activité concernant les seuls biens d'équipement pour justifier la nécessité d'une réorganisation destinée à sauvegarder, selon elle, sa compétitivité, en l'absence de tout élément permettant d'apprécier l'existence d'une menace pesant sur la compétitivité de l'ensemble du secteur d'activité de vente en grande surface. En outre, le tribunal a également estimé que l'employeur ne justifiait pas que les nouvelles conditions de rémunérations proposées à certains salariés employés dans les rayons « biens d'équipement » et plus particulièrement dans les rayons « électro-son » étaient nécessaires à la sauvegarde de la compétitivité du secteur d'activité (*M.*, nº 1003338 ; *M.*, nº 1003339 et *M.* nº 1003342).

Par un jugement du 15 décembre 2011, **le tribunal administratif de Caen** a annulé la décision du directeur de Pôle Emploi à Saint-Lô rejetant la demande présentée par le syndicat Union interprofessionnelle territoriale CFDT en vue de conclure une convention individuelle d'accompagnement dans l'emploi pour recruter un salarié au sein de l'union syndicale. Le tribunal a estimé que les dispositions du code du travail relatives au contrat d'accompagnement dans l'emploi n'excluent pas les syndicats professionnels de la liste des employeurs éligibles au dispositif. De même, il a estimé que le principe de neutralité du service public ne s'opposait pas à ce qu'un syndicat bénéficie de ce conventionnement pour recruter un salarié (*UIT CFDT du Centre Manche*, nº 1100567).

Urbanisme

Par un arrêt du 1er mars 2011, la **cour administrative d'appel de Lyon** a jugé que, compte tenu de la relative importance du projet et des caractéristiques des parties de son territoire situé à proximité directe, une commune justifiait d'un intérêt à agir à l'encontre d'un permis de construire délivré par une commune voisine. Il s'agissait, en l'espèce, de la construction de trois bâtiments collectifs à usage d'habitation, développant 3 500 m² de surface hors œuvre nette, situés à proximité de zones pavillonnaires ou destinées à le devenir de la commune requérante et qui n'étaient séparés de son territoire que par une seule voie sur laquelle les accès du projet étaient prévus (*Commune de Beaune, nº 08LY02833*).

Par un arrêt du 16 juin 2011, la **cour administrative d'appel de Nancy** a jugé que l'expiration du délai fixé par l'article R. 462-6 du code de l'urbanisme pendant lequel l'autorité compétente peut contester la conformité des travaux au permis de construire, ayant fait l'objet par le bénéficiaire de la déclaration attestant l'achèvement et la conformité des travaux au permis délivré, prévue par l'article L. 462-1 du code de l'urbanisme (dans sa rédaction issue de l'ordonnance nº 2005-1527 du 8 décembre 2005), ne faisait pas naître une décision implicite de rejet susceptible de recours. La cour semble être la première à s'être prononcée sur la portée des dispositions en cause qui substituent une déclaration de conformité souscrite par le pétitionnaire à l'ancien certificat de conformité délivré par l'administration, lequel constituait une décision administrative (formation plénière, *Consorts.*, nº 10NC00782).

Par un jugement avant dire droit en date du 27 janvier 2011, le **tribunal administratif de Lille** a considéré que, lorsqu'il apparaît, d'une part, que l'annulation d'un permis de construire est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives eu égard à la portée du ou des moyens d'annulation retenus et, d'autre part, que ce permis de construire est susceptible d'être régularisé à bref délai, sans porter atteinte aux droits des requérants à un recours effectif, il appartient au juge de l'excès de pouvoir, après avoir examiné l'ensemble des moyens pouvant affecter la légalité du permis, d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé, à titre exceptionnel, à une annulation immédiate et, dans l'affirmative, de surseoir à statuer sur la requête afin de permettre, le cas échéant, une régularisation de l'acte, dans un délai qu'il détermine. Le tribunal a fait usage de cette possibilité pour le permis de construire un stade multifonctionnel de 50 000 places affecté de deux vices de procédure tenant, d'une part, au fait que l'étude de désenfumage du stade n'avait pas été soumise à la commission de sécurité, et d'autre part, à la composition irrégulière de la commission d'accessibilité pour les personnes handicapées. Ces deux vices de procédure ayant, par la suite, été régularisés par la délivrance d'un permis modificatif, le tribunal a finalement rejeté la requête dont il était saisi par un jugement en date du 3 novembre 2011 (*Association « Les 2 sous du grand stade »*, nº 1001030).

Par un jugement du 7 avril 2011, le **tribunal administratif de Rennes** a rappelé que l'autorité compétente pour délivrer un permis de construire ne tient d'aucun texte, ni d'aucun principe général du droit, le pouvoir de mettre en demeure ou d'inviter un administré à solliciter le retrait d'une décision individuelle créatrice de droits, fût-elle illégale. Le maire ne commet aucune erreur de droit en refusant d'accéder à une demande d'administrés tendant à ce qu'il mette en demeure leurs voisins de présenter une demande de retrait du permis de construire qu'ils avaient obtenu (*M. et Mme*, nº 0701943).

Par un jugement du 16 mai 2011, le **tribunal administratif de Grenoble** a estimé que la procédure de révision simplifiée d'un plan local d'urbanisme, définie par les dispositions de l'article L. 123-13 du code de l'urbanisme, ne pouvait être légalement utilisée pour la mise en œuvre d'un projet urbain portant sur 13 % du territoire communal, prévoyant la construction de 830 000 mètres carrés de surface hors œuvre nette de bureaux, de logements, de laboratoires de recherche, de commerces et d'équipements d'enseignement et de loisirs. Le jugement relève également que le projet, qui doit s'échelonner sur plus de vingt ans, n'est pas suffisamment défini à la date de son adoption. Dans ces conditions, il ne peut s'agir d'une « opération » au sens des dispositions de cet article, quand bien même il présenterait un caractère d'intérêt général. Le tribunal annule donc la délibération approuvant la révision simplifiée du plan local d'urbanisme et, par voie de conséquence, la délibération approuvant le dossier de réalisation de la zone d'aménagement concerté. En revanche, il estime que cette illégalité demeure sans incidence sur la délibération décidant la création de la zone d'aménagement concerté (*M. et autres*, nº 0905771).

(*) Par un jugement du 12 juillet 2011 le **tribunal administratif de Nîmes** a annulé le permis d'aménager accordé par le maire de Nîmes à la Communauté d'agglomération de Nîmes Métropole pour l'aménagement de la voirie du transport en commun sur site propre (TCSP), sur les boulevards ceinturant le secteur sauvegardé de la ville, inclus eux-mêmes dans ce secteur. Le permis portait sur la voirie du bus à haut niveau de service (dit BHNS), devant circuler dans cette partie de la ville en site propre. Il prévoyait, en particulier, soit la suppression, soit le remplacement de plusieurs dizaines d'arbres, recensés comme « à maintenir, à renforcer ou à créer » par le règlement du plan de sauvegarde et de mise en valeur de la ville (PSMV). Le tribunal a considéré que des articles du règlement, ayant une portée normative, instituaient sur les boulevards des servitudes d'urbanisme, destinées à préserver et à renforcer les alignements d'arbres existants (principalement des micocouliers). Ces servitudes prévoyaient que ces alignements devaient être impérativement conservés et que les arbres qui les constituaient ne pouvaient être abattus qu'en raison de leur vétusté ou de leur état sanitaire. Or le permis d'aménager prévoyait l'abattage de dizaines d'arbres, situés au droit des stations, afin de permettre un meilleur accès des voyageurs handicapés, ce motif n'étant pas selon le tribunal de nature à écarter l'application du règlement du secteur sauvegardé. Le tribunal a, par ailleurs, relevé que l'étude d'impact complétée n'analysait pas les effets du projet sur la pollution atmosphérique, la commodité du voisinage et la santé, induits par la saturation supplémentaire du trafic urbain, alors que la perspective d'une telle saturation résultant du projet était retenue dans l'étude d'impact elle-même, du fait en particulier de franchissements plus difficiles de plusieurs carrefours situés sur le trajet du bus. Il a constaté également que l'étude ne procédait pas à la même analyse dans la phase temporaire de travaux, importante en l'espèce compte tenu de la longueur du chantier. Enfin, les conséquences de l'aménagement projeté sur les arbres des alignements des boulevards bénéficiant de servitudes d'urbanisme n'avaient pas été examinées alors que l'étude mentionnait l'attention particulière qui devait être portée aux arbres recensés au PSMV comme « à maintenir, à renforcer ou à créer ». Pour le tribunal ces insuffisances de l'étude d'impact étaient de nature,

par leur caractère substantiel, à entacher d'irrégularité la procédure de délivrance du permis d'aménager (*Association ASPIQ*, n° 1100473).

(*) Par un jugement du 27 octobre 2011, le **tribunal administratif de Limoges** s'est prononcé sur l'autorité compétente pour statuer sur une demande de permis de construire un hangar agricole avec une couverture de panneaux photovoltaïques dans une commune dépourvue de plan local d'urbanisme ou de document en tenant lieu. Alors que le maire est en principe l'autorité compétente, par application de l'article R. 422-1 du code de l'urbanisme, lorsque la décision est prise au nom de l'État, l'article R. 422-2 du même code donne compétence au préfet pour statuer sur les demandes concernant des ouvrages de production d'énergie lorsque cette énergie n'est pas destinée principalement à une utilisation directe par le demandeur. Dès lors que le pétitionnaire soutenait sans être utilement contredit qu'il ne destinait pas l'énergie produite à sa consommation, que le formulaire-type sur lequel était présentée la demande ne comportait pas de rubrique relative à l'utilisation de l'énergie et que les services instructeurs n'avaient pas sollicité d'informations complémentaires quant à la destination de cette énergie, le tribunal a considéré que la présence dans le projet de panneaux photovoltaïques, ouvrages de production d'énergie, emportait compétence du préfet quand bien même la construction avait un usage principal autre que la production d'énergie (*M.,* n° 1000027).

3.3. Éléments de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile

Décisions de sections réunies

La Cour a tenu à trois reprises en 2011 des sections réunies portant, d'une part, sur des demandes d'asile émanant de ressortissants et de réfugiés d'États membres de l'Union européenne et, d'autre part, sur le raisonnement du juge de l'asile pour déterminer le pays à l'égard duquel les craintes de persécutions doivent être examinées.

Le droit de l'Union européenne pose comme principe général que les États membres sont présumés sûrs les uns vis-à-vis des autres pour tout ce qui touche à la matière de l'asile. Saisie par un ressortissant roumain soutenant être persécuté dans son pays d'origine et par un ressortissant russe reconnu réfugié en Pologne alléguant des persécutions dans son pays d'accueil, la Cour a été conduite à préciser la portée de cette présomption de sûreté des pays membres de l'Union appliquée à ces deux situations.

Dans sa décision *M. L.* du 30 mars 2011 (n° 10013804 R), la Cour fait application des principes définis par le protocole n° 24 annexé au traité sur l'Union européenne, qui impose aux États membres qui acceptent d'examiner une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un autre État membre, d'instruire cette demande sur la base de la présomption qu'elle est manifestement non fondée. Il s'agit donc d'une présomption réfragable qui pèse sur le demandeur d'asile, à charge pour lui d'étayer la crédibilité de craintes de persécutions ou de menaces graves, mais aussi d'établir qu'ayant sollicité la protection des autorités, celles-ci n'ont pas été en mesure de lui assurer un niveau de protection conforme à leurs engagements européens.

Dans la seconde affaire examinée par les sections réunies (CNDA, SR, 30 mai 2011, *M. O.*, n° 09009538 R), la Cour a suivi un raisonnement analogue concernant la présomption de respect des droits de l'homme par les États membres de l'Union européenne, en présence d'une demande de protection d'un ressortissant russe d'origine tchétchène bénéficiaire du statut de réfugié en Pologne, pays dans lequel il soutenait craindre des persécutions de la part de compatriotes. Face à ce régime de présomption simple, il appartenait au requérant d'établir notamment qu'il avait sollicité en vain la protection des autorités polonaises, ce qui n'était pas le cas.

Ces décisions s'inscrivent dans la ligne de la jurisprudence du Conseil d'État sur le caractère réfragable de la présomption de sûreté (*OFPRA c/ M. C.*, 30 décembre 2010, n° 305226 B) confirmée par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE, grande chambre, 21 novembre 2011, *N. S.*, C-411/10).

La Cour était saisie de nombreux recours émanant de requérants, le plus souvent démunis de tout document d'identité ou de nationalité, alléguant une naissance en Azerbaïdjan avant l'éclatement de l'Union soviétique, des origines arméniennes ou des origines mixtes azéries et arméniennes et une résidence irrégulière continue

en Russie à compter des pogroms de 1988. La Cour rappelle que le juge de l'asile qui prend parti sur les craintes de persécutions doit au préalable se prononcer sur le ou les pays successifs de nationalité du requérant avant d'envisager le rattachement subsidiaire à un pays de résidence habituelle. Au cas d'espèce, le requérant qui déclarait avoir quitté l'Azerbaïdjan en 1988 ne pouvait se voir reconnaître la nationalité azerbaïdjanaise et aucun élément du dossier ne permettait de regarder l'Arménie comme son pays de nationalité. En revanche, il était en droit de se voir reconnaître la nationalité russe et n'établissait pas qu'un refus lui aurait été opposé par les autorités ni ne justifiait d'une raison valable de renoncer à cette protection. La Cour qui a examiné les craintes du requérant au regard du pays où il résidait, la Russie, a jugé que celui-ci n'établissait pas y être exposé à des menaces graves (CNDA, SR, 16 novembre 2011, *M. B*, n° 10018108 R).

Asile constitutionnel : deux décisions concernant les actions de femmes en faveur de la liberté

En 2011, la Cour a qualifié d'actions en faveur de la liberté l'engagement de deux femmes, l'une écrivain et journaliste mauritanienne, persécutée pour avoir dénoncé les fondements sociaux et religieux de la société mauritanienne et œuvré en faveur de l'émancipation des femmes (CNDA, 23 février 2011, *Mme B. H.*, n° 10012782 C+), l'autre, iranienne persécutée en raison de son comportement et de sa tenue vestimentaire considérés comme contrevenant à la morale et aux prescriptions islamiques et qui s'était engagée en faveur de la liberté d'expression politique notamment dans le cadre d'activités artistiques (CNDA, 4 janvier 2011, *Mme H.,* n° 10000337 C+).

Sur les motifs conventionnels

S'agissant des opinions politiques imputées, la Cour, s'appuyant sur des sources d'information géopolitique fiables et plurielles, a jugé qu'un syrien d'origine kurde, qui avait souffert de discriminations envers la communauté kurde du fait des autorités syriennes, risquait d'être persécuté en cas de retour en Syrie du fait de son exil pour demander l'asile dans un pays étranger, ces actes étant considérés par les autorités comme une manifestation d'opposition au Gouvernement (CNDA, 29 septembre 2011, *M. A.*, n° 10005484 C+).

Concernant les motifs ethniques, la Cour reconnaît la qualité de réfugié à un requérant né en Birmanie appartenant à la communauté rohingya dont de nombreux membres ont été déchus en 1982 de la nationalité birmane et ont subi de nombreuses persécutions et discriminations. L'intéressé, exilé involontaire au Bangladesh, risquait d'être reconduit de force dans son pays d'origine (CNDA, 14 février 2011, *M. S.*, n° 09019611 R).

L'appartenance à un groupe social au sens de la Convention de Genève est définie par référence à la directive 2004/83/CE [1], comme l'a rappelé le Conseil d'État dans sa décision du 14 juin 2010 *OFPRA c/ A* (n° 323669 A). Selon cette grille d'analyse, l'appartenance à un groupe social a été reconnue à un Camerounais en raison de son orientation sexuelle. Il avait été mis en détention et avait subi des menaces de la part des autorités qui appliquent la législation réprimant l'homosexualité au Cameroun mais aussi de la part de sa communauté (CNDA, 10 janvier 2011, *M. N.*, n° 09012710, C+). En revanche, si la Cour admet l'existence au Congo de mariages forcés, elle a rejeté le recours d'une requérante qui n'établissait pas qu'une union lui aurait été imposée (CNDA, 28 juin 2011, *Mlle N'K.*, n° 10013523 C+).

Sur l'appréciation de l'existence des persécutions et de l'actualité des craintes

Si le défaut d'actualité des craintes conduit en principe au rejet de la demande d'asile, la Cour a pris en compte l'exceptionnelle gravité de persécutions antérieures (article 1 C 5) de la Convention de Genève) pour reconnaître la qualité de réfugié à un ressortissant angolais originaire du Cabinda enrôlé de force par le Mouvement populaire de libération de l'Angola (MPLA) à l'âge de onze ans, et éviter ainsi un retour dans son pays alors même qu'un accord a été conclu avec les autorités angolaises en 2006 et que les opposants du Cabinda se sont rendus en 2010 (CNDA, 29 juillet 2011, *M. J.*, n° 10016657 C+).

Sur le bénéfice de la protection subsidiaire

S'agissant des menaces de traitements inhumains ou dégradants (article L. 712-1 b) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), la Cour a estimé qu'une ressortissante d'Érythrée qui, après avoir été contrainte d'effectuer son service militaire et avoir été victime d'abus, avait déserté, serait exposée à des menaces graves en cas de retour dans son pays. La Cour a pris en considération les sources d'information géopolitique fiables attestant de la durée indéterminée du service national en Érythrée, de l'existence de violences sexuelles envers les conscrites et, s'agissant des déserteurs, de l'infliction de peines privatives de liberté et de traitements inhumains ou dégradants (CNDA, 4 mai 2011, *Mme Y.*, n° 10008829 C+).

1 - Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts.

À nouveau saisie du risque d'excision d'enfants nés en France (CNDA, SR, 12 mars 2009, *Mme D.,* nº 08019372/638891 R et CNDA, SR, 12 mars 2009, *Mlle K.,* nº 08019455/639908 R), la Cour a écarté la demande de protection subsidiaire dans un cas où le père était titulaire d'une carte de résident et où les enfants bénéficiaient d'un séjour autorisé sur le territoire français (CNDA, 22 novembre 2011, *Mlle S. et Mlles S.*, nºs 11005782, 11005783 et 11005784 C+ pour des ressortissantes du Sénégal ; CNDA, 29 juillet 2011, *Mme S.*, nº 11007300 C+ et CNDA, 29 juillet 2011, *Mlle S.*, nº 11007301 C+ pour de jeunes Guinéennes).

La qualification juridique de situation de violence généralisée au sens de l'article L. 712-1 c) du CESEDA s'appuie sur une analyse fine et actualisée de la situation géopolitique. La Cour a accordé une protection sur ce fondement à un Afghan originaire du district de Ghorband dans la province de Parwa au vu de la dégradation de la situation sécuritaire au cours de l'été 2011 et de la situation d'isolement et de particulière vulnérabilité dans laquelle se trouverait le requérant dans ce contexte, du fait de son jeune âge (CNDA, 18 octobre 2011, *M. H.*, nº 10003854 C+). En revanche, elle n'a pas retenu cette qualification pour un Sri-Lankais d'origine tamoule et originaire de la province de Jaffna, dont l'engagement personnel en faveur des Tigres de libération de l'Eelam tamoul n'était pas établi. La Cour relève, à la date de sa décision, que si la province de Jaffna connaît une dégradation de la situation sécuritaire, marquée par des actes criminels de groupes paramilitaires, cette situation de troubles et de tensions internes ne peut être assimilée à une situation de violence généralisée (CNDA, 1er septembre 2011, *M. P.*, nº 11003709 C+).

Deux décisions en matière d'exclusion

La Cour a fait application de la clause d'exclusion de la Convention de Genève, à un ressortissant marocain impliqué dans la mouvance islamiste la plus radicale et se trouvant sous le coup d'une procédure d'extradition. Elle a estimé que les actes criminels pour lesquels l'intéressé était poursuivi n'avaient pas de but politique et n'étaient pas constitutifs de persécutions, les actes qualifiés de terroristes ne relevant pas, d'une manière générale, du champ de celle-ci. Se fondant sur l'article L. 712-2 c) et d) du CESEDA, elle a également exclu le requérant du bénéfice de la protection subsidiaire, estimant avoir des raisons sérieuses de penser qu'il avait participé en connaissance de cause à la diffusion de la propagande de la mouvance djihadiste internationale et à l'incitation à commettre des actes de terrorisme. Les actes accomplis ou qui lui étaient imputés étaient constitutifs sur le territoire national d'une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État (CNDA, 21 avril 2011, *M.R.*, nº 10014066 C+).

La Cour a également appliqué la clause d'exclusion à un Togolais, ancien membre des commandos de la garde présidentielle, dont un rapport de l'ONU avait montré l'implication dans la commission d'exactions particulièrement graves, et qui ne s'était jamais désolidarisé des actes de violence commis. Elle a estimé disposer d'un faisceau d'indices suffisants pour admettre la complicité du requérant dans la commission de crimes graves de droit commun (CNDA, 11 janvier 2011, *M. K.*, nº 10004142 C+).

Cessation du fait de l'avènement d'un nouvel État

La Cour a interprété les stipulations de la Convention de Genève relatives au changement de circonstances et à la possibilité pour une personne reconnue réfugié de retourner dans le pays où elle avait sa résidence habituelle (article 1 C 5 et 6) au regard de l'article 11 de la directive qualification 2004/83/CE et de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 2 mars 2010[2]. La cessation de la qualité de réfugié est admise dès lors que le changement de circonstances est suffisamment significatif et que des mesures raisonnables sont prises par les acteurs de protection pour empêcher les persécutions. Le requérant ressortissant de la République socialiste fédérative de Yougoslavie et originaire du Kosovo avait été reconnu réfugié. La Cour a estimé que l'intéressé pouvait revendiquer la nationalité kosovienne, selon la loi sur la citoyenneté du Kosovo, et que sa situation actuelle devait être examinée au regard des autorités de la république du Kosovo qui a proclamé son indépendance le 17 février 2008. Elle a constaté que des changements significatifs et pérennes étaient advenus depuis que l'intéressé avait obtenu la reconnaissance de la qualité de réfugié, en raison de persécutions liées à son appartenance à la communauté albanaise du Kosovo et pour son engagement en faveur des droits de cette communauté. En l'absence de raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures, de craintes actuelles de persécutions et d'impossibilité d'obtenir le cas échéant la protection des autorités, la Cour a rejeté le recours contre la décision de cessation prise par l'OFPRA (CNDA, 25 novembre 2011, *M. K.*, nº 10008275 R).

Une solution semblable a été adoptée dans une autre affaire dans laquelle le requérant était effectivement retourné sur le territoire kosovar, postérieurement à l'indépendance proclamée par le Kosovo, et s'était fait délivrer par les autorités de ce pays passeport et carte d'identité. La Cour a jugé que l'intéressé devait être regardé comme s'étant volontairement réclamé, au sens des stipulations de l'article 1 C 1) de la Convention de Genève, de la protection des autorités de la république du Kosovo, dont il est fondé à se prévaloir de la nationalité (CNDA, 20 octobre 2011, *M. K.*, nº 10010000 R).

2 - CJUE grande chambre, 2 mars 2010, *Salahaddin Abdulla* C-175/08, C-176/08, C-178/08 et C-179/08.

4. Les missions qui concourent à l'activité juridictionnelle : aide juridictionnelle, exécution des décisions de justice, inspection des juridictions administratives

4.1. Bilan d'activité du bureau d'aide juridictionnelle

Demandes d'aide juridictionnelle

En 2011, 3 549 dossiers ont été enregistrés au bureau d'aide juridictionnelle (BAJ), contre 3 419 en 2010, soit une augmentation de 3,8 %.

Ces demandes concernent en premier lieu le droit des étrangers qui représente 51,17 % des demandes d'aide juridictionnelle, soit 1 838 affaires enregistrées en 2 011 contre 1 587 en 2010. Sur ces 1 838 affaires, 778 demandes concernent des refus de titre de séjour (contre 683 en 2009), 1 037 (soit plus de 50 %) le contentieux des réfugiés (contre 802 en 2010) et 55 des arrêtés de reconduite à la frontière (contre 96 en 2010), 12 des expulsions et 10 des extraditions.

Les pensions représentent également un contentieux important, puisque 385 dossiers, soit 10,84 % du total, ont été enregistrés en 2011 (contre 334 en 2010), dont 233 dossiers concernent des pensions militaires d'invalidité et 152 des pensions de retraite (agents de l'État et des autres personnes publiques).

Trois autres grands types de contentieux ressortent des statistiques : le contentieux de la fonction publique (145 dossiers enregistrés en 2010) celui des naturalisations (34 dossiers en 2010) et enfin le contentieux fiscal (92 en 2011).

Décisions rendues

Le nombre des décisions rendues en 2011 s'élève à 4 110, contre 3 472 en 2010, soit une augmentation de 18,37 %. Ces décisions se répartissent entre :
– 3 879 ordonnances du président du BAJ, contre 2 878 en 2010, soit une augmentation de plus de 34,78 % ;
– 219 décisions du BAJ statuant en formation collégiale, contre 594 en 2010.

Cette répartition situe la part des ordonnances du président à 94,37 % du total des décisions rendues.

Stock, durée de traitement et délai de notification

Le stock de 817 dossiers au 1er janvier 2011 est passé à 182 au 1er janvier 2012.

La durée moyenne de traitement des demandes, qui était passée de 4 mois et 23 jours en 2008 à 3 mois et 19 jours en 2009 puis à 2 mois et 17 jours en 2010, a été réduite à 54 jours en 2011. Le délai de notification est désormais d'une semaine pour les rejets et de quinze jours pour les admissions, qui nécessitent un passage par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour désignation des avocats.

Les décisions du BAJ sont depuis 2010 systématiquement motivées.

Sens des décisions

En 2011, 3 217 rejets ont été prononcés contre 2 681 en 2010, tandis que le nombre d'aides accordées est passé de 664 en 2010 à 740 en 2011.

Le taux d'admission qui était de 19,12 % en 2010 est ainsi passé à 18 %.

Le BAJ a également prononcé 73 incompétences, 40 non-lieux et 33 caducités et donné acte de 7 désistements.

Nature des contentieux et matières concernées

La répartition des dossiers selon le niveau de saisine est la suivante :
– compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'État : 49 décisions du BAJ (dont 14 admissions, soit 1,19 % du total des décisions rendues) ;
– cassation des décisions rendues par les tribunaux administratifs (autres que les référés) : 640 décisions du BAJ (dont 108 admissions, soit 15,57 %) ;
– cassation des décisions rendues par les tribunaux administratifs en matière de référé : 478 décisions du BAJ (dont 90 admissions, soit 11, 63 %) ;
– cassation des décisions rendues par les cours administratives d'appel : 1 344 décisions du BAJ (dont 254 admissions, soit 32,7 %) ;

– cassation des décisions par les autres juridictions (réfugiés, P.M.I.) : 1 546 décisions du BAJ (dont 264 admissions, soit 37,61 %).

La répartition des dossiers par principales matières est la suivante :
– contentieux des étrangers : 741 décisions concernent des refus ou retraits de titres de séjour, soit 18,02 % du total des décisions (avec 131 admissions) ; 1 226 décisions sont prises en matière de réfugiés soit 29,82 % du total (avec 109 admissions) et 35 (dont 9 admissions) en matière de reconduite à la frontière, soit 0,85 % ;
– contentieux des pensions : sur 448 dossiers traités (dont 162 admis), 288 concernent le contentieux des pensions militaires d'invalidité (soit 7 % des décisions rendues) et 160 concernent les pensions de retraite ;
– contentieux de la fonction publique : 187 décisions (soit 4,54 %) ont été rendues en cette matière et 46 admissions ont été prononcées.

Statistiques

Tableau 1 – Évolution de l'activité du bureau d'aide juridictionnelle de 2006 à 2011

	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Affaires traitées	3 771	3 372	3 803	3 020	3 472	4 110
Aides accordées	358	301	271	330	664	740
Rejets	3 407	2 970	3 532	2 690	2 681	3 217

Tableau 2 – Évolution du stock au 31 décembre

Année	Nombres d'affaires en stock au 31/12	Année	Nombres d'affaires en stock au 31/12	Année	Nombres d'affaires en stock au 31/12
1997	362	2002	615	2007	621
1998	559	2003	698	2008	889
1999	666	2004	562	2009	874
2000	1 083	2005	1 108	2010	817
2001	676	2006	815	2011	182

Tableau 3 – Sens des décisions rendues par principaux types de saisines

	Nombre de décisions lues	Sens				
		Rejet	Admission	Désistement	Non-lieu	Incompétence
Premier ressort	49	26	14	-	4	5
Appel	9	6	2	-	1	-
Cassation TA (référés)	478	381	90	-	4	2
Cassation TA (autres)	640	466	108	4	6	46
Cassation CAA	1 344	1 065	254	1	10	1
Cassation (autres juridictions)	1 546	1 257	264	2	10	6

Tableau 4 – Sens des décisions rendues par principaux types de matières

	Nombre de décisions lues	Sens				
		Rejet	Admission	Désistement	Non-lieu	Incompétence
Réfugiés	1 226	1 098	109	2	7	2
Pensions militaires d'invalidité	288	131	152	-	3	2
Pensions de retraite	160	145	10	1	1	1
Fonction publique	187	133	46	-	1	4
Reconduite à la frontière	35	26	9	-	-	-
Contentieux fiscal	27	20	4	1	-	-
Naturalisation	44	42	2	-	-	-

4.2. Bilan d'activité de l'exécution des décisions de la juridiction administrative

Le code de justice administrative (CJA) énonce dans ses articles L. 911-1 à L. 911-10, R. 921-1 à R. 921-8 et R. 931-1 à R. 931-9 les dispositions applicables à l'exécution des décisions rendues par les juridictions administratives.

En vertu de ces dispositions, le Conseil d'État ainsi que les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ont pour mission de connaître des demandes d'exécution des décisions de justice ; la section du rapport et des études répond en outre aux demandes d'éclaircissement adressées par les autorités administratives et peut être amenée à réaliser toute mission d'expertise juridique dans ses domaines de compétence.

■ En matière d'exécution des décisions de justice

Le Conseil d'État est responsable de l'exécution de ses propres décisions, ainsi que de celles rendues par les juridictions administratives spécialisées ; en son sein, la section du rapport et des études est, notamment, chargée d'accomplir les diligences permettant d'obtenir l'exécution de la décision de justice. Les personnes pouvant se prévaloir d'une décision de justice rendue au détriment de l'administration peuvent saisir le Conseil d'État selon deux procédures distinctes :
– soit une demande d'aide à l'exécution, prévue par l'article R. 931-2 du CJA, procédure non contentieuse ouverte devant la section du rapport et des études après l'expiration d'un délai de trois mois suivant la notification d'une décision juridictionnelle. S'il le juge nécessaire, le président de la section du rapport et des études peut, sur le fondement de l'article R. 931-7 du CJA, proposer au président de la section du contentieux l'ouverture d'une procédure d'astreinte d'office ;
– soit une demande d'exécution sous astreinte de la décision de justice prévue par l'article R. 931-3 du CJA, procédure contentieuse ouverte devant la section du contentieux après l'expiration d'un délai de six mois suivant la notification de la décision de justice. Ces dispositions prévoient, dans ce cas, la saisine de la section du rapport et des études afin que soient accomplies les diligences destinées à favoriser l'exécution de ladite décision.

Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel sont, quant à eux, responsables de l'exécution des jugements ou arrêts qu'ils ont rendus. L'exécution d'une décision frappée d'appel relève de la compétence de la juridiction d'appel.

Les articles L. 911-4, R. 921-5 et R. 921-6 du CJA organisent une procédure spécifique, qui comprend deux phases successives : une première phase, non contentieuse, au cours de laquelle sont menées des diligences auprès de l'administration en vue d'aboutir à une complète exécution et une seconde phase, juridictionnelle, intervenant en cas d'échec de la première. La phase juridictionnelle est ouverte par une ordonnance du président de la juridiction :
– à tout moment, dès lors que le président estime que les diligences accomplies ne permettront pas de parvenir à une exécution complète et rapide de la décision de justice ;

– à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la demande ;
– en cas de contestation par le requérant de la décision de classement administratif de sa demande, dans le délai d'un mois suivant la notification de cette décision.

L'article R. 921-8 prescrit à chaque président de tribunal administratif et de cour administrative d'appel de rendre compte au président de la section du rapport et des études du Conseil d'État, à l'issue de chaque année, des difficultés d'exécution qui leur ont été soumises.

■ **En matière de demande d'éclaircissement**, la section du rapport et des études peut, par ailleurs, être saisie, sur le fondement de l'article R. 931-1 du CJA, d'une demande présentée par l'administration à laquelle revient d'exécuter une décision d'une juridiction administrative et souhaitant être éclairée sur les « modalités d'exécution » de cette décision de justice.

Synthèse de l'activité en matière d'aide à l'exécution

On trouvera, ci-après, une synthèse des activités à caractère juridictionnel ou non juridictionnel exercées au cours de l'année par l'ensemble des juridictions de l'ordre administratif en vue de pourvoir à l'exécution des décisions de justice qu'elles ont rendues, étant observé que, comme les années précédentes, ne sera pas évoqué l'exercice du pouvoir d'injonction que confèrent au juge administratif les dispositions des articles L. 911-1 et L. 911-2 du CJA.

Commentaires généraux sur la gestion des procédures d'exécution

Cette année encore, l'examen de l'activité de la juridiction administrative en matière d'exécution des décisions de justice confirme **la tendance au règlement en phase non juridictionnelle** d'une grande majorité d'affaires. Au niveau de la section du rapport et des études du Conseil d'État, les affaires trouvent leur solution dans le cadre de la procédure non juridictionnelle d'aide à l'exécution et, au niveau des tribunaux et des cours administratives d'appel, dans celui de la phase non juridictionnelle de la procédure prévue à l'article L. 911-4 du CJA. Cette évolution favorable est d'ailleurs soulignée par de nombreux présidents de juridiction. Le taux de règlement en phase non juridictionnelle varie de 60 à 86 % suivant les juridictions. Il confirme l'importance de cette phase pour le règlement des difficultés d'exécution des décisions de justice.

Si les affaires examinées par les cours administratives d'appel trouvent leur solution, dans une proportion très satisfaisante d'environ 86 % des cas, on note, toutefois, une diminution, en 2011, du nombre d'affaires réglées selon cette procédure devant les tribunaux administratifs : le taux, habituellement d'environ 80 %, chute à 64 %. Plusieurs tribunaux lient ce phénomène à la contestation par les requérants, de plus de plus fréquente, des décisions de classement sans suite de leur dossier en phase non juridictionnelle, qui ouvrent, de ce fait, une procédure juridictionnelle le plus souvent vouée à l'échec, mais qui occasionne un surcroît d'activité des tribunaux. Ce point devra faire l'objet d'un suivi particulier à l'avenir.

En ce qui concerne l'ensemble des demandes d'aide à l'exécution présentées devant le Conseil d'État, quatre affaires seulement ont donné lieu à une procédure d'astreinte.

Plusieurs autres questions récurrentes ressortent des observations des chefs de juridiction. La première concerne **le règlement des condamnations pécuniaires** et, en particulier, **le versement par l'État des frais irrépétibles**, cité très fréquemment par les juridictions, alors que la décision de justice ne devrait, sur ce point, soulever aucune difficulté d'application. Il est à noter que ce phénomène est également très sensible devant le Conseil d'État. Sa persistance et même son accroissement sont particulièrement dommageables, car ils sont à l'origine à la fois d'un encombrement inutile des juridictions et d'une dégradation réelle de l'image de l'autorité publique. Cela est d'autant plus regrettable que la cause de ces retards n'est, en règle générale, pas due à une mauvaise volonté de l'administration, mais qu'elle est la conséquence de dysfonctionnements administratifs liés, selon plusieurs juridictions, aux modifications dans l'organisation des administrations locales de l'État, aux modalités de délégation de crédits par les administrations centrales ou encore, sur un plan technique, à la difficile mise en œuvre de la plate-forme CHORUS. Il en résulte un allongement des délais de paiement et un montant plus important d'intérêts légaux mis à la charge de l'État. Les juridictions rappellent, dans ce cas de figure, aux requérants comme aux administrations, les règles relatives à la procédure de paiement forcé, procédure visiblement encore mal connue des avocats eux-mêmes.

Par ailleurs, plusieurs cours administratives d'appel signalent de réelles difficultés à obtenir de l'administration l'exécution, en cette matière, de jugements rendus par les tribunaux administratifs et frappés d'appel, dans l'attente de l'arrêt d'appel à intervenir. Plusieurs cours ont été amenées à attirer l'attention des préfets sur ce phénomène qui résulte, fréquemment, d'une méconnaissance par certaines administrations du caractère non suspensif de l'appel.

La deuxième remarque des chefs de juridiction confirme la concentration des affaires relatives à l'exécution des décisions de justice sur un nombre très réduit de contentieux, dont la part varie, toutefois, selon les tribunaux. La part du **contentieux relatif aux étrangers** dans les tribunaux situés dans de grandes agglomérations ou placés dans des situations particulières (comme le tribunal administratif de Cayenne) peut aller jusqu'à 60 % de l'ensemble des affaires – en particulier si l'on englobe dans ces chiffres les contentieux liés à la situation des demandeurs d'asile. Les chefs de juridiction relèvent, de plus en plus fréquemment, les réticences de l'administration à prendre, spontanément, les mesures qui sont pourtant la conséquence nécessaire des décisions de justice. Toutefois, hormis dans de très rares situations isolées, les chefs de juridiction constatent, *in fine*, l'exécution de la décision de justice, sans qu'il soit nécessaire pour le juge de l'exécution de prononcer une astreinte. Par ailleurs, la part des affaires touchant au **contentieux de la fonction publique** reste manifestement excessive au regard de ce que représente ce contentieux dans l'ensemble des décisions rendues par le juge administratif. Cette situation tient à la fois à la durée de la procédure juridictionnelle et à la réticence de certaines administrations à exécuter spontanément et complètement des décisions de justice défavorables, car elles concernent une matière sensible du point de vue de la gestion de leurs services. Les questions posées concernent, une fois encore, essentiellement la réintégration et la

reconstitution de carrière d'agents, à la suite de l'annulation de décisions individuelles ou réglementaires – tableaux d'avancement...

Enfin, même si son volume reste au total modeste, il faut relever la confirmation, dans plusieurs juridictions, d'une part croissante d'affaires relatives au **permis de conduire** et notamment aux pertes de points ou aux retraits de permis.

Commentaires particuliers à certaines affaires

Certaines affaires dont le Conseil d'État a eu à connaître, au stade de l'exécution des décisions juridictionnelles qu'il a rendues, méritent un **éclairage particulier**.

En premier lieu, une affaire jugée en 2011 (CE, 8 juin 2011, *Société SEG Fayat,* n° 344394) a permis de fixer les règles, jusqu'ici imprécises, de **computation des intérêts légaux** prévus à l'article 1153 du code civil et, le cas échéant, des intérêts majorés prévus par l'article L. 313-3 du code monétaire et financier, **lorsqu'une décision du juge d'appel ou de cassation vient infirmer un jugement ou un arrêt précédemment rendu**, qui entraîne de la part d'une des parties l'obligation de restituer à une autre des sommes qui lui avaient été versées en application d'une précédente décision. Le Conseil d'État a clarifié les modalités d'application de ces dispositions en jugeant que, d'une part, la partie qui doit restituer une somme qu'elle détenait en vertu d'une décision exécutoire du juge administratif n'en doit les intérêts au taux légal qu'à compter de la notification, qui la rend exécutoire, de la décision ouvrant droit à restitution et que ces intérêts courent jusqu'à l'exécution de la décision, c'est-à-dire, en principe et sous réserve d'un délai anormalement long, entre la liquidation et le paiement effectif, jusqu'à la date à laquelle la dette est liquidée ; que, d'autre part, le taux d'intérêt applicable est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la notification de la décision à la partie débitrice. Il a, par suite, écarté la demande d'astreinte dont il était saisi et dont la date de départ était fixée à la date du jugement du tribunal administratif de Bordeaux, ensuite infirmé par la cour administrative d'appel puis par le Conseil d'État.

En deuxième lieu, une demande d'aide à l'exécution présentée devant la section du rapport et des études en application de l'article R. 931-2 du CJA a permis à cette dernière de rappeler les règles tenant à l'application dans le temps des décisions de la juridiction administrative. Saisie d'une demande tendant à l'exécution de la décision du 30 juillet 1997, *Ministre de l'agriculture, de la pêche et de l'alimentation c/ M. Chanudet* (n° 158724*),* en tant que n'auraient pas été payées par l'État au requérant les sommes qui lui étaient dues en application de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991, la section a interrogé le ministre, lequel a opposé, en défense, la déchéance quadriennale résultant de l'application de l'article 1er de la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968. Or, l'article 7-2 de cette même loi dispose : *« En aucun cas, la prescription ne peut être invoquée par l'administration pour s'opposer à l'exécution d'une décision passée en force de chose jugée. »* Bien que le Conseil d'État statuant au contentieux n'ait jamais été saisi des conditions d'application de ces dispositions, les recherches réalisées par la section lui ont permis de constater que, si cette règle a été conçue, à l'origine, pour faire échec à l'invocation, en cours de procédure devant le juge, de la déchéance quadriennale par l'administration afin de contourner par avance le risque de voir le juge statuer dans le sens souhaité par le requérant, sa portée devait, au regard des termes mêmes de la loi, être analysée comme interdisant, de manière générale, à l'administration d'opposer

cette déchéance à une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée. C'est en ce sens qu'un jugement du tribunal administratif de Caen (25 mars 2008, *Société Corebat,* n° 0800122) et un arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille (8 juillet 2010, *Me Pierre-Paul de Moro Giafferi,* n° 09MA03649) se sont prononcés. Cette analyse est corroborée par une réponse du Garde des Sceaux, ministre de la justice à M. Malandain, député, allant dans le même sens (*JO* AN, 25 janvier 1986, p. 345). L'administration a admis cette analyse.

Enfin, la section a été saisie, au cours de l'année 2011, de l'exécution de la décision du 9 décembre 2010, *Ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer […] et Voies navigables de France* (n° 330996) ordonnant l'expulsion, sous astreinte, du domaine public fluvial de plusieurs péniches stationnées sur la Seine. Cette affaire, qui a permis, ce qui est rare, d'appliquer la procédure d'astreinte à l'encontre de personnes privées – dont l'une non dénommée dans la décision de justice – s'est traduite par une nouvelle décision du Conseil d'État statuant au contentieux ordonnant la liquidation de l'astreinte, le 20 décembre 2011, à l'encontre de celles qui se refusent toujours à exécuter les décisions du juge administratif (Conseil d'État, 20 décembre 2011, *Ministre d'État, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer […] et Voies navigables de France*, n° 330996).

Demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études

La section du rapport et des études a traité en 2011 onze demandes d'éclaircissement en application des dispositions de l'article R. 931-1 du CJA. Ce chiffre se situe dans la moyenne constatée ces dernières années, où il a varié de trois, en 2003, à vingt et un en 2004. Il faut, toutefois, noter que six de ces demandes ont été enregistrées dans les toutes dernières semaines de l'année 2011, et qu'une partie d'entre elles n'avait donc pas reçu de réponse – en particulier deux affaires particulièrement délicates – à la fin de l'année.

La section a noté, cette année encore, que certaines des demandes d'éclaircissement qui lui ont été présentées visaient, en réalité, à **atténuer l'impact d'une décision contentieuse rendue au détriment de l'administration**. Elle leur a apporté les réponses qui convenaient. Dans d'autres cas (deux affaires), elle a constaté que les demandes dont elle était saisie visaient moins à apporter à l'administration des réponses à des questions juridiques qu'elle n'aurait pu appréhender seule, qu'à permettre à celle-ci de **conforter son analyse vis-à-vis des requérants, par celle de la section du rapport et des études du Conseil d'État**, quant aux conséquences de la décision de justice. La section a toutefois traité ces demandes, dès lors que les questions posées n'étaient pas dénuées de caractère sérieux.

Une fois encore, une affaire, délicate, a porté sur les **conséquences de l'annulation d'une décision de préemption par une commune**. La section du rapport et des études a été saisie d'une demande d'éclaircissement quant à la portée d'un jugement rendu en 2003 par un tribunal administratif, annulant une décision, datant de 1999, de préemption d'un ensemble immobilier et enjoignant à la

commune de proposer à l'acquéreur évincé d'acquérir le bien illégalement préempté dans les conditions définies dans les motifs du jugement, conformément à la jurisprudence *Bour* (Conseil d'État, 26 février 2003, *M. et Mme Bour et autres*, n° 231558). Or, en l'espèce, la commune estimait ne jamais avoir acquis le bien en cause, l'acte authentique n'ayant jamais été signé entre la commune et le vendeur, le prix n'ayant jamais été versé à ce dernier par la commune et celui-ci continuant d'acquitter les taxes locales dues par le propriétaire.

La section a tout d'abord rappelé que l'annulation de la décision de préemption d'un bien n'a pas pour effet de mettre fin au droit de propriété de la commune sur ce bien, mais implique que celle-ci prenne toute mesure pour mettre fin aux effets de la décision annulée (Conseil d'État, 17 mai 2006, *Commune de Jonquière,* n° 281509). Elle n'a pu ensuite que constater que l'injonction prononcée par le tribunal administratif de Marseille, passée en force de chose jugée, s'imposait, juridiquement, à la commune, avant, toutefois, de relever que l'exécution de cette injonction supposait nécessairement que le transfert de propriété du bien en cause soit intervenu et que la commune en soit devenue effectivement propriétaire. Elle a, enfin, pris soin de souligner que cette question ne pourrait, juridiquement et de manière certaine, relever que de l'appréciation du juge judiciaire et elle a considéré que si, comme la commune le soutenait, le transfert de propriété n'avait pas eu lieu, l'injonction prononcée par le tribunal ne pouvait, alors, avoir d'effet utile.

Par ailleurs, la section a été saisie, par le département de Paris de la portée de la décision du Conseil d'État en date du 28 mai 2010 (Conseil d'État, 28 mai 2010, *Département de Paris*, n° 330567). Il ressort de cette affaire qu'une collectivité territoriale ne peut s'opposer à la mainlevée d'une hypothèque prise au titre de l'article L. 132-9 du code de l'action sociale et des familles, lorsque son propriétaire souhaite vendre ce bien, ce qui exclut, par là même, la possibilité pour la collectivité d'obtenir le remboursement des sommes engagées par elle : en effet, le bénéficiaire de l'aide sociale n'est pas, à cette date, débiteur d'une créance certaine à l'égard de la collectivité et aucun remboursement ne peut, par conséquent, lui être imposé.

La section a, tout d'abord, indiqué au département, en réponse à une première question, que la décision du Conseil d'État n'interdisait pas, par elle-même, la passation d'un accord amiable entre le département et le bénéficiaire de l'aide sociale permettant, à l'occasion de la vente, le remboursement par ce dernier de sommes dues à la collectivité, sous réserve, toutefois, que cet accord n'ait pas pour effet de subordonner la mainlevée de l'hypothèque au versement d'un montant correspondant globalement aux frais d'hébergement payés par l'aide sociale, sauf à contrevenir aux dispositions sus-rappelées.

Elle n'a, en réponse à une seconde question, pu que constater que, compte tenu des motifs de la décision du Conseil d'État, les principes ainsi dégagés avaient vocation à s'appliquer à toutes les catégories de bénéficiaires de l'aide sociale dont les modalités de récupération de l'aide sociale sont régies par les articles L. 132-8 et L. 132-9 du CASF, en particulier les personnes âgées ou handicapées.

Rapport sur la révision de la partie réglementaire du livre IX du code de justice administrative

À l'automne 2010, une note du président de la section du rapport et des études a mis en évidence certaines difficultés touchant respectivement aux compétences du Conseil d'État en matière d'exécution des décisions de justice mais également au rôle de la section du rapport et des études dans l'examen des affaires dont le Conseil d'État est saisi et à ses rapports avec la section du contentieux. Les présidents de la section du contentieux et de la section du rapport et des études ont souhaité confier à un groupe de travail, composé de membres des deux sections, le soin de réfléchir aux clarifications et modifications éventuelles à apporter au CJA.

Le groupe de travail a analysé sa mission comme consistant, à titre principal, à préciser le cadre juridique dans lequel la section du rapport et des études remplit actuellement la mission qui lui est dévolue par l'article R. 931-6 du CJA et, à titre complémentaire, à proposer les améliorations qui lui semblent souhaitables à d'autres dispositions du livre IX de ce code. Il s'est réuni à plusieurs reprises au cours du premier trimestre et a remis son rapport au vice-président du Conseil d'État en avril 2011, ainsi qu'un projet de réécriture de la partie réglementaire du livre IX du CJA traduisant les propositions qu'il a formulées. Celles-ci visent à clarifier le rôle de la section du rapport et des études dans le traitement des affaires dont elle est saisie par la section du contentieux. Les diligences de la section du rapport et des études conserveraient ainsi un caractère exclusivement non juridictionnel. Un décret en Conseil d'État est nécessaire pour que les mesures proposées entrent en vigueur.

Statistiques

Les statistiques agrégées pour 2011 font apparaître une augmentation des saisines en ce qui concerne les tribunaux administratifs, une grande stabilité pour les cours administratives d'appel et une baisse sensible pour le Conseil d'État : 2 069 affaires enregistrées en 2011 (dont 125 devant le Conseil d'État, 568 devant les cours administratives d'appel et 1 376 devant les tribunaux administratifs), contre 2 017 en 2010. Sans qu'il soit possible d'en déterminer l'origine, alors que certaines juridictions affichent une baisse importante de leurs saisines, d'autres constatent une forte augmentation.

Le nombre total d'affaires d'exécution réglées par le Conseil d'État, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs est de 2 016 en 2011 (127 par le Conseil d'État, 630 par les cours et 1 259 par les tribunaux), contre 1 914 en 2010, soit un taux de couverture de 101 % pour le Conseil d'État, 110 % pour les cours administratives d'appel et de 91 % pour les tribunaux administratifs.

Le Conseil d'État a vu le nombre de ses saisines diminuer, sauf en ce qui concerne les demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études, qui sont passées de 7 en 2010 à 11 en 2011.

Tableau 1 – Demandes d'exécution devant les juridictions administratives, toutes saisines confondues

	CE	CAA	TA	Total
Affaires enregistrées	125	568	1 376 (1)	**2 069**
Affaires réglées	127	630	1 259	**2 016**

(1) dont une série de 50 dossiers au tribunal administratif d'Orléans.

Tableau 2 – Évolution des demandes d'exécution formées devant le Conseil d'État

Conseil d'État	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Aides à l'exécution	127	107	85	116	122	79
(dont demandes d'éclaircissement)	*9*	*13*	*8*	*4*	*7*	*11*
Autres saisines	-	-	5	12	13	8
Procédures d'astreinte	41	38	245 (1)	38	43	38
(dont liquidation d'astreinte)	*9*	*6*	*11*	*3*	*6*	*9*
Total	**168**	**152**	**335**	**166 (2)**	**178**	**125**

(1) dont une série de 216 dossiers.
(2) dont une série de 216 dossiers.

Tableau 3 – Détail de l'activité des juridictions administratives en matière d'exécution

Conseil d'État

Affaires en cours au 1er janvier 2011	41
Affaires enregistrées au cours de l'année	125
Affaires réglées dans le cadre de l'aide à l'exécution	91
(dont réponses à des demandes d'éclaircissement)	*8*
(dont autres saisines)	*6*
Affaires réglées dans le cadre de la procédure d'astreinte	36
(dont liquidation d'astreinte)	*10*
Total des affaires réglées	**127**
Affaires en instance au 1er janvier 2012	39

Cours administratives d'appel

Affaires enregistrées	568
Affaires réglées en phase administrative	544 (A)
Affaires passées en phase juridictionnelle	85
Décisions juridictionnelles rendues	86 (B)
(dont liquidations prononcées)	*2*
Total des affaires réglées (A + B)	**630**

Tribunaux administratifs

Affaires enregistrées	1 376 (1)
Affaires réglées en phase administrative	805 (A)
Affaires passées en phase juridictionnelle	273
Décisions juridictionnelles rendues	454 (B)
(dont liquidations prononcées)	*73*
Total des affaires réglées (A + B)	**1 259**

Tableau 4 – Évolution de l'activité des juridictions administratives en matière d'exécution, de 2006 à 2011

Conseil d'État	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Affaires enregistrées	168	152	335	166	178	125
(dont séries)	-	-	*216*	-	-	
Affaires réglées	159	161	336	167	173	127
(dont séries)	-	-	*216*	-	-	-
Affaires en instance au 1er janvier 2012	47	38	37	36	41	39

Cours administratives d'appel	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Affaires enregistrées	549	523	549	579	569	568
(dont séries)	-	-	-	-	-	-
Affaires réglées	483	482	459	519	548	630
(dont séries)	-	-	-	-	-	-

Tribunaux administratifs	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Affaires enregistrées	1 174	1 192	1 245	1 211	1 270	1 376 (1)
(dont séries)	-	-	-	-	-	*50*
Affaires réglées	879	1 187	1 226	1 163	1 193	1 259
(dont séries)	-	-	-	-	-	-

(1) dont une série de 50 dossiers au tribunal administratif d'Orléans.

4.3. Mission permanente d'inspection des juridictions administratives

Inspection des juridictions administratives

Les missions d'inspection en 2011

En 2011, la mission a procédé à l'inspection des cours administratives d'appel de Bordeaux, Marseille et Paris et de sept tribunaux administratifs : Poitiers, Rennes, Montpellier, Orléans, Bordeaux, Lyon et Melun.

Toutes ces missions ont été conduites selon le guide méthodologique défini par la note du 3 décembre 2009 du vice-président du Conseil d'État, comprenant notamment un entretien préalable avec le chef de juridiction quelques semaines avant la mission pour préparer celle-ci, la dissociation précise des préconisations de la mission, les observations du chef de juridiction, la diffusion du rapport au sein de la juridiction.

Selon cette méthodologie, les missions donnent lieu le cas échéant à des « retours sur mission », conduits par le chef de la mission, auprès des juridictions inspectées l'année précédente. Ainsi des retours sur mission ont été conduits auprès des tribunaux de Lille, Cergy-Pontoise, Nîmes et Rouen.

Les référentiels de mission utilisés à titre expérimental par la mission en 2010 et comprenant plus de quatre-vingts points analysés au cours d'une mission, regroupés au sein de quatre sous-ensembles (« management de la juridiction », « activité juridictionnelle », « gestion de la juridiction » et « la juridiction et les justiciables »), ont été définitivement validés après quelques ajustements. Ils sont désormais publiés sur le site intranet permettant aux juridictions de connaître précisément les points sur lesquels portent les missions qui peuvent dorénavant être qualifiées de missions d'audit, faisant appel, s'agissant du contrôle des greffes, à la compétence de la chargée de mission, ancienne greffière en chef de cour administrative d'appel.

Les tableaux des recommandations de la mission, qui comportent les réponses du chef de juridiction, ont comporté entre sept et vingt-cinq recommandations dont le suivi peut être assuré lors d'un retour sur mission.

Le chef de la mission a par ailleurs été mandaté par le vice-président du Conseil d'État pour mener, d'une part, une mission ponctuelle auprès d'une chambre disciplinaire régionale de l'ordre des médecins et, d'autre part, d'enquêtes administratives concernant la gestion de deux juridictions.

La présidence de groupes de travail

Le chef de la mission d'inspection a été chargé par le vice-président du Conseil d'État de la présidence d'un groupe de travail devant définir les mesures d'application pour l'entrée en vigueur du nouvel article L. 732-1 du code de justice administrative (CJA) permettant, sous certaines conditions, que le rapporteur public soit, sur sa demande, dispensé par le président de la formation de jugement de prononcer ses conclusions à l'audience. En outre le groupe de travail était invité à faire toutes propositions sur le champ des matières qui relèvent de la compétence du juge statuant seul, sur le découplage éventuel entre ce champ de compétence et les affaires insusceptibles d'appel et enfin sur l'adaptation des procédures contentieuses à un traitement plus satisfaisant des contentieux sociaux.

Sur la première partie de sa mission, après avoir élaboré un rapport d'étape soumis à concertation de l'ensemble des magistrats et personnels de greffe, le groupe de travail a rendu un rapport détaillant le champ possible d'application de l'article L. 732-1 ainsi que les diverses mesures nécessaires à son application. Ses préconisations ont très largement inspiré les dispositions figurant au sein du décret n° 2011-1950 du 23 décembre 2011.

S'agissant de la deuxième partie de sa mission, le groupe de travail s'est engagé à diffuser un rapport d'étape soumis à concertation début 2012.

Participation à la gestion du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel

Le chef de la mission permanente, en vertu des dispositions de l'article L. 232-2 du CJA, est membre du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (CSTACAA), qu'il préside de plein droit en cas d'empêchement du vice-président du Conseil d'État. Il est à ce titre associé à la gestion du corps des magistrats, au travers des avis qu'il est amené à rendre sur diverses mesures touchant au déroulement de carrière des membres de ce corps et, plus encore peut-être, au travers des diverses tâches de sélection qu'il est amené à remplir.

Il exerce ainsi, en vertu de l'article R. 233-8 du CJA, la présidence du jury du concours de recrutement complémentaire. 608 candidats se sont inscrits au concours ouvert au titre de l'année 2012 pour 40 postes. 80 candidats ont été déclarés admissibles et tous les postes ont été pourvus à l'issue de l'épreuve orale.

S'agissant des autres modes de recrutement dans le corps des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel (détachement et tour extérieur), le chef de la mission préside dorénavant la formation restreinte issue du conseil supérieur des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel pour procéder à la sélection des candidats. Cette formation, qui comprend des membres élus du corps, a procédé à la présélection sur dossier et aux auditions des candidats. Le rapport est ensuite présenté au CSTACAA par le chef de la mission. Au total, ont été ainsi recrutés 8 premiers conseillers et 5 conseillers au tour extérieur et 32 conseillers ou premiers conseillers en détachement (dont 2 selon la procédure spécifique aux officiers).

S'agissant enfin des recrutements au sein du Conseil d'État, le chef de la mission a procédé, en vue de la présentation de ses propositions au bureau des présidents du Conseil d'État, aux auditions des candidats à la présidence des cours administratives d'appel de Marseille et de Nancy et aux auditions des candidats au poste de maître des requêtes au tour extérieur organisé au titre de 2011.

Une mission spécifique a été diligentée pour accompagner les juridictions lyonnaises (cour administrative d'appel et tribunal administratif) installées au sein d'un même bâtiment pour définir une convention de mise en commun de certaines fonctions (accueil, gestion du bâtiment, bibliothèque).

Le chef de la mission a procédé à l'entretien professionnel des présidents de tribunaux administratifs chefs de juridiction selon les modalités entièrement renouvelées issues du décret n° 2007-1365 du 17 septembre 2007 et de l'arrêté du 12 mai 2009, lesquelles se traduisent par l'abandon de la note chiffrée et par un modèle d'évaluation spécifique comportant des rubriques plus centrées sur les tâches propres aux chefs de juridiction, comme l'animation des équipes composant le tribunal et le respect des objectifs qualitatifs et quantitatifs assignés à la juridiction. Afin que les objectifs définis pour la juridiction soient en phase avec ceux arrêtés par le secrétariat général du Conseil d'État, le chef de la mission a participé aux conférences de gestion, tout en gardant toutefois sa liberté d'appréciation.

Le chef de la mission assure enfin l'instruction des réclamations individuelles adressées au Conseil d'État par des justiciables mécontents de certains aspects du déroulement des procédures devant les tribunaux et les cours. Soixante réclamations ont été enregistrées en 2011 : elles concernent majoritairement des interrogations sur des délais de jugement. Pour le reste, il s'agit de signalement de dysfonctionnements allégués au sein de juridictions. Si certains faits ont pu donner lieu à observations à l'égard du chef de juridiction, aucun fait signalé n'a revêtu un caractère de gravité nécessitant une inspection. Chaque réclamation donne lieu, après instruction, à une réponse circonstanciée, même lorsqu'elle apparaît dénuée de fondement.

Deuxième partie

Activité consultative

Présentation générale

Cette partie du rapport public rend compte du bilan de l'activité consultative du Conseil d'État en proposant une sélection de plus de 250 avis et appréciations émis par les différentes formations consultatives : assemblée générale, commission permanente, sections administratives, à l'occasion de l'examen des projets de texte qui leur ont été soumis en 2011.

Il convient de rappeler que les avis rendus par le Conseil d'État dans le cadre de sa fonction consultative sont transmis au Gouvernement qui apprécie les suites qu'il entend leur donner. Ils ne préjugent pas les solutions qui pourraient être retenues par les juridictions compétentes et en particulier par le juge administratif.

Les développements qui suivent ne se limitent pas à constituer un recueil des principales questions de droit tranchées lors de l'examen des projets de texte ; ils ont pour ambition de proposer une analyse ordonnée de l'activité consultative du Conseil d'État.

Cette partie du rapport s'ouvre par un ensemble d'informations synthétiques relatives à l'activité consultative du Conseil d'État : nature et flux des textes examinés, conditions de saisine, contenu des dossiers accompagnant les projets de texte, délais d'examen et de transmission au Gouvernement.

Ensuite, et c'est, cette année, une innovation, la partie consultative du rapport public propose une sélection d'affaires qui ont paru particulièrement importantes ou sensibles ou qui ont appelé des appréciations très significatives. Le poids juridique que revêt l'affaire signalée ou encore la dimension en termes de gestion publique qu'elle comporte ont constitué également un facteur de sélection. L'ensemble de ces critères, y compris le contexte dans lequel ces questions se posaient, ont été alternativement ou cumulativement pris en compte.

Sur ce fondement, neuf sujets ont été retenus cette année.

Sont ensuite présentés, selon un plan thématique ordonné, les avis que le Conseil d'État a rendus à l'occasion de l'examen de près de 200 projets de texte : propositions de loi, projets de loi, d'ordonnance et de décret. À cet effet, deux principes de présentation et de classement des avis émis ont été retenus.

D'une part, une dizaine de grands sujets transversaux relatifs à l'action administrative regroupe 120 avis qui s'inscrivent dans des rubriques telles que, par exemple, *les conditions du respect de la hiérarchie des normes, les consultations, l'organisation centrale et territoriale de l'État, la libre administration des collectivités territoriales, l'outre-mer…* Si ces rubriques ont vocation à être pérennes, leur nombre peut varier d'une année sur l'autre. De nouveaux thèmes non présents cette année pourraient figurer les années suivantes *(congrégations, droit des associations, interventions économiques, médiation, police administrative, police judiciaire, professions, responsabilité du fait des lois…)* tandis que d'autres, présents cette année, n'y figureraient pas.

D'autre part, 95 avis apportent un éclairage juridique et institutionnel sur la mise en œuvre d'une quinzaine de grandes politiques publiques. Cette rubrique fait ressortir que le Conseil d'État ne se limite pas à assurer la sécurité juridique des politiques publiques, mais qu'il se prononce réellement sur ces politiques, notamment au travers de la définition des meilleures conditions de leur mise en

œuvre, dans le souci constant qui est le sien de favoriser les pratiques de bonne administration.

Enfin, figure dans cette partie du rapport d'activité l'intégralité de quatorze avis que le Gouvernement et les autorités d'outre-mer ont demandés au Conseil d'État sur des questions complexes de droit, indépendamment d'un projet de texte, et dont ils ont autorisé la publication.

Notes méthodologiques

1. un index comportant près de 300 *items* permet de retrouver aisément les principaux sujets d'intérêt du lecteur, notamment grâce à un lien hypertexte utile à la consultation en ligne du rapport.
2. la date à laquelle est émis l'avis du Conseil d'État peut avoir une certaine importance pour la compréhension des événements qui ont pu suivre la saisine du Conseil. Aussi, sauf mention expresse contraire, les avis et appréciations mentionnés dans le présent rapport sont délivrés dans le cadre de la saisine initiale par les pouvoirs publics (Gouvernement pour les projets de loi, d'ordonnance et de décret ; Parlement pour les propositions de loi). Leur date correspond à celle de leur transmission aux autorités de saisine.
3. Pour permettre au lecteur de savoir si l'avis rendu l'a été par la section compétente du Conseil d'État ou par l'assemblée générale, la convention suivante a été retenue : la formule « Saisi d'un projet de…, le Conseil d'État, au rapport de la section…, a considéré que… » signifie que l'avis a été rendu par l'assemblée générale ; la formule « Saisi d'un projet de…, le Conseil d'État (section…), a considéré que… » signifie que l'avis a été rendu par la section concernée. Lorsque, pour des raisons d'urgence, le texte a été examiné par la commission permanente du Conseil d'État, en lieu et place de la section et de l'assemblée générale, la mention en est expressément faite.

1. Observations d'ordre général

1.1. Une activité consultative toujours soutenue

Que l'on raisonne en termes de projets de texte, de séances ou de délais d'examen, l'on constate que l'activité de l'ensemble des formations consultatives a été, en 2011, particulièrement intense.

L'assemblée générale : 55 textes examinés dont 5 propositions de loi

L'assemblée générale, présidée par le vice-président du Conseil d'État, examine la plupart des projets de loi et d'ordonnance ainsi que les autres affaires (projets de décret ou demandes d'avis) dont l'importance le justifie. Tous ces textes ont préalablement fait l'objet d'une instruction en section ou sections réunies.

L'assemblée générale a tenu **34 séances** en 2011, dont 9 séances plénières (37 en 2010, dont 7 séances plénières). Elle a examiné **55 textes** (56 en 2010, 65 en 2009), dont **32 projets de loi**, **5 propositions de loi**, **8 projets d'ordonnance** et **4 demandes d'avis** présentés par le Gouvernement. L'assemblée générale a également délibéré sur 4 projets de rapport [1].

Comme en 2009 et en 2010, ces chiffres ne donnent qu'une vue partielle de l'activité de l'assemblée générale. En effet, certains textes examinés ont été plus complexes et plus longs que ceux dont elle avait eu à connaître les années précédentes, et les séances concernées ont été en conséquence notablement allongées. Il en a été ainsi pour l'examen de six projets de loi de finances, dont quatre rectificatives, en assemblée générale comme en commission permanente. En 2011, ces projets de loi de finances, et plus particulièrement les projets de loi de finances rectificative, ont comporté des dispositions importantes visant à répondre aux événements liés à la crise monétaire et financière.

1 - L'ensemble des statistiques est retracé dans les tableaux page 293.

La commission permanente : un nombre de séances en nette augmentation

En cas d'urgence, certaines affaires sont soumises à la commission permanente dont l'examen se substitue alors à la fois à celui de la section compétente et à celui de l'assemblée générale. En 2011, l'activité de la commission permanente a été particulièrement soutenue, puisqu'elle a tenu **onze séances**, alors qu'en 2010 ce chiffre déjà élevé s'établissait à sept. Elle a examiné douze projets de texte.

Outre des dispositions relatives aux projets de loi de finances initiales, rectificatives ou de règlement, la commission permanente a notamment examiné un projet de loi organique modifiant diverses dispositions relatives à l'élection du Président de la République, un projet de loi organique relatif à la limite d'âge des magistrats de l'ordre judiciaire et un projet de loi relatif au maintien en fonction au-delà de la limite d'âge de fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du Gouvernement.

Les sections administratives : un niveau d'activité toujours élevé

La section de l'intérieur, la section des finances, la section des travaux publics, la section sociale et la section de l'administration ont examiné **1 220 textes et demandes d'avis**, soit 12 de plus qu'en 2010. Plus précisément, ce sont **186 propositions de loi et projets de loi, d'ordonnance et de loi du pays** (156 en 2010), **813 décrets réglementaires** (810 en 2010), **202 décrets individuels, arrêtés, décisions** (223 en 2010) et **19 avis** (20 en 2010) qui ont été soumis à leur examen. Une analyse plus fine des statistiques, par section et par type de texte ou avis, figure ci-après en page 294.

Des délais moyens d'examen toujours très maîtrisés

La complexité des projets de texte examinés en assemblée générale comme en commission permanente ne s'est pas traduite, pour autant, par un allongement du délai moyen relevé entre l'enregistrement des textes et leur examen. En effet, il s'établit à **42 jours** en 2011 (43 jours en 2010) **pour les textes soumis à l'examen de l'assemblée générale** et à **12 jours** (11 jours en 2010) **pour ceux examinés par la commission permanente**. Plus de **80 %** des textes soumis à l'avis de l'assemblée générale sont examinés dans un délai de **moins de deux mois.**

S'agissant des délais d'examen par les sections administratives, 83 % des projets de loi, d'ordonnance et de décret dont elles sont saisies sont examinés en moins de deux mois.

Enfin, après l'examen des textes par l'assemblée générale ou la commission permanente, **la transmission** au Gouvernement des minutes et notes du Conseil d'État intervient dans **un délai toujours très bref (un à trois jours)**.

L'ensemble des données statistiques relatives aux différentes formations consultatives du Conseil d'État figure ci-après pages 296.

* * *

1.2. Un nombre de propositions de loi soumises à l'examen du Conseil d'État en nette augmentation

Huit propositions de loi ont été présentées au Conseil d'État depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a prévu, par l'ajout d'un dernier alinéa à l'article 39 de la Constitution, la possibilité donnée au Parlement de consulter le Conseil d'État sur ses propositions de texte législatif. En 2011, cet avis a été demandé sur cinq propositions de loi contre une en 2009 et deux en 2010.

La première émane de M. Pierre Morel-à-L'Huissier, député, et a trait aux sapeurs-pompiers volontaires. Tout en plaçant clairement l'activité des sapeurs-pompiers volontaires en dehors des activités professionnelles salariées relevant du droit commun du travail et du statut de la fonction publique, elle prévoit un accroissement des garanties statutaires et sociales au profit des intéressés.

La deuxième proposition, qui a pour auteur le député Bernard Deflesselles, vise à permettre aux services départementaux d'incendie et de secours d'obtenir le remboursement des frais d'opération de secours auprès de l'incendiaire.

Le troisième texte dont a été saisi le Conseil d'État, présenté par M. Jean-Luc Warsmann, président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, est relatif à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. Forte d'une centaine d'articles touchant à divers domaines du droit, la proposition de loi porte principalement sur les petites et moyennes entreprises mais concerne également la bonne administration de la justice, les implications du principe d'égalité en droit des sociétés et en droit social, les traitements nominatifs de données, le financement de la sécurité sociale, la protection de l'environnement, le logement, les marchés publics, le droit de la presse, la liberté d'association et, enfin, le code monétaire et financier pour ce qui est du blanchiment des capitaux.

La quatrième proposition de loi, qui a pour auteur le député Victorin Lurel, tend à modifier la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales afin de porter de 45 à 65 le nombre des conseillers territoriaux de Guadeloupe et de modifier le mode de scrutin applicable à l'élection de ces derniers.

La cinquième proposition de loi, déposée par le sénateur Éric Doligé, porte sur la simplification des normes applicables aux collectivités locales. C'est la première saisine qui émane du Sénat.

L'examen des différentes propositions de loi soumises par le Parlement au Conseil d'État fait ressortir une préoccupation commune d'amélioration de la qualité du droit sur des dispositions qui présentent de fortes caractéristiques techniques tout en ayant une importance pratique et concrète sur la vie des personnes et des institutions. Les modalités pratiques d'examen de ces propositions de loi témoignent, dans un cadre désormais bien établi, de la qualité des relations entre les deux assemblées parlementaires et le Conseil d'État.

1.3. Des remarques générales sur les conditions de saisine des projets de texte

Quatre remarques peuvent être faites et portent respectivement sur les délais de saisine, la composition des dossiers accompagnant les projets de texte, la question récurrente des consultations préalables obligatoires et la pratique du « pré-rapporteur ».

■ L'ensemble des formations consultatives du Conseil d'État se sont toujours efforcées, comme il se doit, de faire face aux urgences qui leur étaient signalées par le Gouvernement.

Il est des cas où **la saisine en extrême urgence** se justifie pleinement. Ainsi en a-t-il été, par exemple, du deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2011, alors que la situation financière de la Grèce imposait une augmentation de la garantie de l'État, au titre de la quote-part de la France au Fonds européen de stabilité financière. Le troisième projet de loi de finances rectificative imposé par la dégradation de la situation financière de la banque *Dexia* et nécessitant une intervention en urgence de l'État, aux fins d'instaurer un mécanisme de garantie de nature à prévenir tout effet de contagion dans le système bancaire, a justifié la même procédure. Le Conseil d'État n'a disposé d'un délai que de quelques heures entre sa saisine et l'examen par sa commission permanente.

À l'inverse, cette urgence est peu admissible pour des saisines très tardives, impliquant un examen de dispositions budgétaires ou fiscales en quelques jours, alors que ces délais réduits ne reposent sur aucun fondement réel. C'est ainsi qu'à l'occasion de l'examen du projet de loi de règlement pour 2010, le Conseil d'État n'a été saisi par le Gouvernement du rapport relatif aux résultats de l'exécution de l'exercice antérieur et aux comptes associés, ainsi que du rapport de certification, prévus à l'article 58 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), qui ne sont pas divisibles du projet de loi lui-même, qu'à une date ne lui permettant pas de rendre son avis dans un délai compatible avec l'échéance du 1er juin prévue par l'article 46 de cette même loi organique.

Le Conseil d'État demande, par suite, qu'à l'avenir toute disposition soit prise pour fixer un calendrier de travail lui permettant de disposer de l'ensemble des documents à une date compatible avec l'échéance fixée à l'article 46 de la LOLF.

De même, à l'occasion de l'examen de l'article du premier projet de loi de finances rectificative pour 2011 relatif aux impositions des biens ou droits composant un « trust » à l'impôt de solidarité sur la fortune et aux droits de mutation à titre gratuit, le Conseil d'État s'est vu contraint de relever que, compte tenu de la brièveté du délai dont il avait disposé pour son examen, il n'avait pu conduire l'étude exhaustive que ce texte aurait méritée, notamment au regard tant des difficultés d'insertion dans la loi fiscale française d'une notion de droit étranger (le « trust »), que des exigences du principe d'intelligibilité de la loi.

■ S'agissant des **pièces devant composer les dossiers** accompagnant les projets de texte qui lui sont soumis, le Conseil d'État a relevé avec satisfaction que la liste de ces documents a fait l'objet d'une circulaire du Premier ministre du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit. Outre les pièces usuelles, doivent être fournis une fiche sur l'application du texte dans le temps, une autre sur son application outre-mer, un tableau de concordance entre le droit de l'Union européenne, le droit national et, enfin, le texte consolidé issu des modifications envisagées. Toutefois, les formations consultatives du Conseil d'État ont constaté que, trop souvent, ces instructions opportunes n'étaient pas suivies par les ministères avec toute l'attention requise. Il en est ainsi en particulier du texte consolidé, pourtant de nature à faire gagner un temps précieux tant au Conseil d'État qu'aux auteurs du texte eux-mêmes.

■ Pour ce qui est des **consultations obligatoires**, les sections constatent, comme les années précédentes, qu'encore trop nombreuses sont celles n'ayant pas été réalisées avant la saisine du Conseil d'État, faute d'une planification suffisamment rigoureuse de l'élaboration du travail normatif. Lorsqu'une section examine un projet de texte et constate qu'une obligation consultative a été omise, il peut arriver qu'elle accepte de poursuivre l'examen au fond séance tenante, dès lors que le texte présente un caractère d'urgence marquée et que l'ordre du jour des semaines suivantes est occupé par d'autres affaires elles aussi urgentes. La section se résout alors à procéder à un nouvel examen de ce projet de texte ultérieurement, une fois réalisées les consultations omises et aux fins d'en tirer les enseignements utiles. Il va cependant de soi que ce nouvel examen, qui ne peut qu'être bref et ne permet de découvrir l'avis requis qu'une ou plusieurs semaines après la discussion sur le fond, ne permet pas toujours de tirer tout le parti attendu de la procédure consultative. Par suite, il est impératif de respecter pleinement l'ensemble des obligations consultatives avant la saisine du Conseil d'État.

■ Enfin, comme il l'avait observé l'année dernière, le Conseil ne peut qu'encourager la pratique consistant à désigner un rapporteur avant la saisine officielle d'une section, dès lors que l'avant-projet est parvenu à un degré de maturation suffisant. Le « **pré-rapporteur** » ne doit pas pour autant devenir partie prenante au travail gouvernemental. Une telle façon de faire contribue à l'amélioration de la qualité du texte final.

1.4. La qualité des études d'impact ou des évaluations préalables

L'année 2011 a permis, pour plusieurs catégories particulières de projets de loi, de préciser les exigences résultant, en matière d'études d'impact, de la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

D'une façon générale, le Conseil d'État a relevé que, même si les progrès notables sont à mettre au crédit des administrations, la qualité des études d'impact ou s'agissant des lois de finances, des évaluations préalables, doit encore être sensiblement améliorée.

Les exigences de la loi organique à cet égard sont d'ailleurs variables en fonction de la nature ou même de l'objet du projet de loi.

Seront ainsi succinctement exposés certains exemples d'observations que le Conseil d'État a été conduit à formuler en 2011, à l'occasion de l'examen de projets de loi ordinaire, de projets de loi de finances, de projets de loi de programmation et, enfin, de projets de loi à caractère expérimental.

Exigences requises pour les lois ordinaires – Exemples d'insuffisance relevée

Prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique

Saisi d'un projet de loi relatif à la prévention des conflits d'intérêts, le Conseil d'État a relevé que l'étude d'impact se révélait insuffisamment précise et explicative sur un certain nombre de choix retenus, notamment quant au champ des obligations instituées. Le projet de loi se proposant, selon le titre retenu, de prévenir les conflits d'intérêts « dans la vie publique », le Conseil d'État a considéré que l'étude d'impact aurait dû s'attacher à indiquer les raisons pour lesquelles de nombreuses obligations déclaratives ne se trouvaient imposées qu'à certaines catégories d'acteurs de la vie publique, alors que d'autres en étaient dispensées.

Projet de loi portant transposition d'une décision-cadre de l'Union européenne

À l'occasion de l'examen du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application des engagements internationaux et européens de la France, le Conseil d'État a relevé que l'étude d'impact ne comportait aucune analyse portant sur la compatibilité avec les exigences constitutionnelles des dispositions relatives à l'exécution en France des décisions de condamnation prononcées par les juridictions des États membres de l'Union européenne ou encore à l'accroissement des pouvoirs du membre national d'Eurojust. Cette insuffisance était tout particulièrement regrettable, dès lors que la décision 2009/426/JAI du Conseil de l'Union du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust subordonne explicitement la mise en œuvre de ses dispositions par les États membres à la vérification de leur compatibilité avec l'ordre constitutionnel de chacun d'entre eux.

Projet de loi autorisant la ratification d'une convention internationale

À l'occasion de l'examen du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne relatif à la brigade franco-allemande, le Conseil d'État a rappelé au Gouvernement qu'en vertu du troisième alinéa de l'article 11 de la loi organique du 15 avril 2009, l'étude d'impact jointe aux projets de loi présentés au titre de l'article 53 de la Constitution doit inclure l'analyse de l'articulation éventuelle de l'accord faisant l'objet du projet de loi avec les autres engagements internationaux déjà souscrits par la France, notamment le droit de l'Union européenne. Or, il a constaté que l'étude d'impact jointe au projet de loi ne faisait que reproduire l'énumération des conventions et accords antérieurs susceptibles d'être applicables à l'opération mentionnée par le nouvel accord. Une telle énumération ne saurait être regardée comme constituant une véritable analyse des modalités pratiques selon lesquelles ce dernier accord s'articule avec les précédents. Elle ne comprend pas, notamment, des éléments essentiels comme ceux relatifs à la période d'application provisoire des accords, ou encore les conditions d'entrée en vigueur des stipulations prévoyant des exonérations de taxe sur le chiffre d'affaires et d'accises. Par suite, tout en acceptant d'examiner ce projet de loi en dépit du caractère insatisfaisant de son étude d'impact, il a indiqué au Gouvernement qu'elle devrait être complétée avant sa transmission au Parlement.

Exigences requises pour les lois de finances

À plusieurs reprises, le Conseil d'État, qu'il s'agisse de son assemblée générale ou de sa commission permanente, a appelé l'attention du Gouvernement sur le caractère très succinct de l'évaluation préalable de certains projets d'article de loi de finances au regard des obligations prescrites par les dispositions des articles 51 et 53 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1er août 2001 relative aux lois de finances, dans leur rédaction issue des dispositions de l'article 12 de la loi organique du 15 avril 2009.

■ Tel a été le cas, notamment, lors de l'examen d'un projet de loi de finances rectificative pour 2011, d'une saisine très tardive, par la voie d'une lettre rectificative, d'un article relatif aux aménagements du régime d'imposition des plus-values immobilières. Le Conseil d'État n'a pu qu'inviter le Gouvernement à compléter son évaluation avant la transmission de ce projet de loi de finances au Parlement, compte tenu des incidences que cette mesure était susceptible d'avoir sur le marché de l'immobilier.

■ Il en a été de même à l'occasion de l'examen du projet de loi de finances pour 2012, de l'article relatif à la taxe sur les loyers élevés des logements de petite surface. Là encore, le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur le caractère trop succinct de l'évaluation préalable et il n'a pu que l'inviter à la compléter avant la transmission de ce projet au Parlement, eu égard aux incidences que cette mesure était susceptible de provoquer sur le marché de l'immobilier. Une telle évaluation était d'autant plus nécessaire que l'objectif de la taxe était de modifier les comportements des propriétaires bailleurs sur un segment bien déterminé de ce secteur, celui des logements dont la surface est comprise entre neuf et treize mètres carrés.

■ Des observations de même nature ont été formulées à l'occasion de l'examen de plusieurs articles du quatrième projet de loi de finances rectificative pour 2011. Aux fins de respecter tout à la fois les principes de sincérité budgétaire et de transparence, le Gouvernement a été invité à préciser, dans son évaluation préalable, l'impact de la mesure de « désindexation » du barème de l'impôt sur

le revenu, notamment pour les contribuables modestes, s'agissant en particulier du franchissement du seuil d'assujettissement à la contribution sociale généralisée et, en matière de taxes foncières et de taxe d'habitation, de la perte du bénéfice de dégrèvements d'office, d'abattements ou de dispositifs de plafonnement.

■ Lors de l'examen d'un article fiscal du même projet de loi de finances rectificative relatif aux mesures de développement de l'offre de logement par la voie d'exonération des plus-values immobilières réalisées lors de la cession d'un droit de surélévation et de l'application d'un taux réduit aux cessions d'immeubles de bureaux et aux locaux commerciaux destinés à être transformés en immeubles d'habitation, le Conseil a considéré que l'évaluation préalable fournie à l'appui de cet article ne satisfaisait pas aux exigences prescrites par les dispositions organiques du 15 avril 2009. En effet, elle ne fournit aucune indication précise sur les effets que les mesures proposées sont susceptibles de produire sur le marché de l'immobilier. Or, cette évaluation est d'autant plus nécessaire que ces mesures instaurent des réductions ponctuelles d'imposition, dans un contexte de suppression ou de réduction, des dispositifs créateurs de dépenses fiscales (niches fiscales). Dès lors, cet article n'a pu qu'être disjoint.

Exigences requises pour les lois de programmation

Observations générales

À la différence de celles mentionnées au 21e alinéa de l'article 34 de la Constitution (lois de programmation définissant « *les orientations pluriannuelles des finances publiques* »), les lois de programmation prévues à son 20e alinéa relèvent de l'obligation d'étude d'impact imposée par les articles 8 et 11 de la loi organique du 15 avril 2009.

Le Conseil d'État a déjà précisé le contenu qui lui paraissait s'imposer aux études d'impact, pour ce qui est des lois de programmation. Tout en relevant que de tels projets ne sont pas soustraits aux exigences de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, il a toutefois souligné que les obligations qui en résultent pour le Gouvernement ne sont pas de même nature, selon que les dispositions sont normatives ou purement de programmation.

En ce qui concerne les dispositions de programmation doivent apparaître la justification, même sommaire, des choix opérés compte tenu des dispositions existantes et l'insertion du dispositif envisagé dans le cadre juridique interne, accompagnée de son articulation avec le droit européen. Doivent également figurer dans l'étude d'impact l'évaluation des conséquences économiques et financières l'incidence sur l'emploi ainsi que les consultations de toute nature auxquelles il a été procédé. Dans la mesure où le rapport annexé au projet de loi soumis à l'approbation du Parlement participe également de l'objectif d'information de celui-ci, les éléments ci-dessus rappelés peuvent figurer uniquement dans ce rapport, s'ils sont énoncés de façon suffisamment précise.

Il convient en outre de fournir toutes explications utiles, d'une part, sur la cohérence entre les objectifs et moyens retenus par la loi de programmation et les prévisions de la loi de programmation des finances publiques en cours (2011-2014) et, d'autre part, sur la cohérence entre les orientations de la loi de programmation et l'économie générale de la législation récemment adoptée dans le même domaine.

Quant à celles des dispositions d'un projet de loi de programmation ayant une portée normative, il y a lieu, comme pour un projet de loi ordinaire, de structurer l'étude de manière à ce que l'impact de chaque ensemble de dispositions connexes soit traité distinctement et non pas seulement évoqué dans le cadre de considérations générales.

S'appliquent à chacun de ces ensembles de dispositions connexes les prescriptions de l'article 8 de loi organique du 15 avril 2009. Doit donc, par suite, être renseignée avec précision et sincérité, sauf lorsqu'elle est sans objet, chacune des rubriques énumérées à cet article.

Projet de loi de programmation relatif à l'exécution des peines

À l'occasion de l'examen de ce projet au rapport de la section de l'intérieur et de la section de l'administration, le Conseil d'État a relevé que les informations relatives à l'articulation avec la programmation des finances publiques, d'une part, et avec la législation récemment adoptée en la matière, d'autre part, manquaient en l'espèce. Ainsi, rien n'était dit sur la combinaison avec les objectifs retenus en matière de places de prison (construction de 22 670 places pour un coût de 3 087 milliards d'euros, hors acquisitions foncières, dont près d'un tiers consacré à l'incarcération de personnes condamnées à des peines de trois mois et moins) et la mise en œuvre de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, dont l'un des objectifs est d'éviter, sauf récidive, l'emprisonnement correctionnel par des aménagements de peine.

En outre, le Conseil d'État a relevé les carences de l'étude d'impact sur l'article 2 du projet, relatives aux marchés portant à la fois sur la conception, la construction, l'aménagement, la maintenance et l'exploitation de prisons. L'étude devait être complétée au moins par le rappel du droit applicable, notamment quant aux conditions d'exercice du service public pénitentiaire, par l'exposé des consultations intervenues avant la saisine du Conseil d'État et par l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales du dispositif envisagé, en particulier outre-mer.

Exigences requises pour les lois à caractère expérimental

Ici encore, les insuffisances de l'étude d'impact accompagnant un projet de loi ont été relevées, mais considérées comme acceptables au regard du caractère purement expérimental que revêt la partie du texte concernée, dans la rédaction que lui a donnée le Conseil d'État. Cette interprétation de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 a été faite à plusieurs reprises par le Conseil d'État, notamment, au rapport de la section de l'intérieur, lors de l'examen du projet de loi relatif à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et au jugement des mineurs. [*section de l'intérieur*]

1.5. La cohérence des textes

D'une façon générale, le Conseil d'État relève la tendance du Gouvernement à multiplier, dans les projets de loi de finances en particulier, les articles très longs regroupant artificiellement, en les introduisant parfois par des intertitres, des dispositions diverses relevant plus ou moins d'un même thème général. Cette pratique, qui s'écarte des règles de rédaction des textes normatifs, ne saurait être approuvée. En effet, outre qu'elle cherche en vain à masquer le volume réel des dispositions nouvelles figurant dans le projet de loi, elle nuit à un examen approfondi de chacune de ses dispositions, tant devant le Conseil d'État qu'au Parlement.

Plus particulièrement et dans un contexte inédit, dans le cadre du quatrième projet de loi de finances rectificative pour 2011, le Conseil d'État a examiné un projet d'article relatif au barème applicable pour le calcul de l'impôt sur le revenu des années 2012 et 2013 consistant à geler ce barème pour ces deux années, alors que le projet de loi de finances pour 2012 en cours de discussion devant le Parlement, et donc non encore adopté, comportait la mesure habituelle d'indexation sur l'inflation. Toutefois, le Conseil d'État a admis cette façon de faire tout en appelant fortement l'attention du Gouvernement sur la nécessité de veiller à une bonne articulation, avant leur adoption définitive, des deux projets de loi de finances.

Enfin, à l'occasion de l'examen d'un article fiscal du même projet de loi de finances rectificative, le Conseil d'État a relevé qu'une loi de finances n'est pas un vecteur approprié pour transposer en droit national une directive complexe. Le temps nécessairement restreint que le Gouvernement et le Parlement peuvent consacrer à l'élaboration, à la discussion et au vote d'un projet de loi de finances n'est pas compatible avec le travail approfondi qu'exige une telle transposition. En outre, les exigences de procédure résultant de la loi organique du 15 avril 2009, comme les impératifs de bonne administration, requièrent que soient transmis au Conseil d'État, lors de la saisine de projets d'article de transposition, tous les instruments nécessaires aux fins de vérifier le respect de l'obligation de transposition des normes de l'Union européenne, laquelle résulte tant de l'article 88-1 de la Constitution, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, notamment dans sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, que des engagements internationaux de la France, au titre de son appartenance à l'Union européenne, dont la portée a été précisée par une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne. L'absence de transmission de tels instruments non seulement compromet le bon exercice de la fonction consultative du Conseil d'État, mais est également susceptible de ne pas mettre le Parlement en mesure de procéder à une transposition complète et fidèle des normes de l'Union européenne.

2. Sélection d'affaires marquantes de l'année

Assurément, les affaires soumises à l'examen du Conseil d'État revêtent toutes un intérêt du point de vue de l'élaboration de la norme. Toutefois, certaines d'entre elles méritent d'être plus particulièrement soulignées.

En raison soit de l'évolution du contexte économique international, soit d'évolutions propres à la société française, l'année 2011 aura été marquée par plusieurs événements d'une ampleur telle qu'il a été nécessaire d'y répondre de manière rapide, appropriée et circonstanciée par des projets de norme ayant directement des répercussions sensibles et concrètes.

Ainsi en a-t-il été notamment des mesures arrêtées en réponse à la crise financière ; de la réforme de la pharmacovigilance ; de la prévention des conflits d'intérêts, de l'impératif de conciliation de la protection de l'ordre public et de celle des libertés individuelles, qu'il s'agisse du traitement des données à caractère personnel ; de la réforme des soins psychiatriques sans consentement ou encore de la participation des citoyens à la justice pénale.

En outre, le Conseil d'État a procédé à l'examen d'autres projets de réforme importante, notamment l'achèvement de la mise en œuvre de la loi dite « loi Grenelle 2 », celui de la fonction publique d'encadrement supérieur et celui de l'emploi de la force pour le maintien ou le rétablissement de l'ordre public.

2.1. Mesures arrêtées en réponse à la crise financière

C'est en raison de la crise financière qui frappe les pays occidentaux que le Conseil d'État a été saisi de trois projets de texte ayant pour objet d'en limiter les effets : d'une part, un projet de loi constitutionnelle relatif à l'équilibre des finances publiques, d'autre part, deux projets de loi de finances rectificative respectivement relatifs aux nouvelles modalités d'intervention du Fonds européen de stabilité financière et à l'octroi d'une garantie de l'État liée à la restructuration du groupe *Dexia* impliquée par les fortes perturbations de la zone euro. [*section des finances*]

2.1.1. Le projet de loi constitutionnelle relatif à l'équilibre des finances publiques

À la différence de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, ce projet a un objet circonscrit, le renforcement de la « gouvernance » des finances publiques de la France (il a parfois été qualifié par la presse de « règle d'or »), c'est-à-dire des moyens institutionnels de maîtrise des comptes publics. Il comporte trois volets :
– transformer les actuelles lois de programmation des finances publiques en lois-cadres ;
– donner aux lois de finances et lois de financement de la sécurité sociale une compétence exclusive en matière d'impositions de toute nature et de cotisations sociales ;
– prévoir, par l'insertion d'un nouvel article 88-8 dans la Constitution, la transmission au Parlement du projet de programme de stabilité triennal. [*section des finances*]

2.1.1.1. La transformation des actuelles lois de programmation en lois-cadres

Les actuelles lois de programmation des finances publiques (LPFP), issues de la réforme constitutionnelle de 2008, ont un caractère purement programmatique. Les lois-cadres s'en distingueront à un double titre :
– elles seront obligatoires, en ce sens que la possibilité de voter définitivement une loi de finances ou une loi de financement de la sécurité sociale sera subordonnée à l'existence d'une loi-cadre afférente à l'année considérée ;
– elles auront, pour certaines de leurs dispositions, un caractère contraignant à l'égard des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale.

Le champ couvert sera très large, comme c'est déjà le cas des actuelles LPFP, à savoir l'ensemble des administrations publiques, c'est-à-dire l'État et les organismes rattachés tels que les organismes divers d'administration centrale, la sécurité sociale et le secteur local.

Le projet de loi constitutionnelle prévoit en outre divers ajustements conférant aux lois-cadres un statut comparable à celui des lois de finances et lois de financement de la sécurité sociale, pour ce qui est des modalités de leur adoption par le Parlement : priorité d'examen à l'Assemblée nationale, discussion en séance sur le texte du Gouvernement, délai d'examen imparti à l'Assemblée nationale et au Sénat, ordre du jour prioritaire, possibilité d'engagement de responsabilité (article 49§3). Enfin, il est prévu que les lois-cadres seront systématiquement soumises au Conseil constitutionnel.

Le Conseil d'État a formulé deux types d'observations :
– en premier lieu, s'agissant de l'institution de la loi-cadre de programmation des finances publiques, finalement dénommée « loi-cadre d'équilibre des finances publiques », il lui est apparu indispensable de parer à l'éventualité d'une situation dans laquelle, faute de loi-cadre votée en temps utile ou en raison de la censure de la loi-cadre par le Conseil constitutionnel, il serait impossible d'adopter la loi de finances de l'année suivante avant le début de celle-ci. Par suite, il a été proposé d'apporter un ajout à l'article 47 de la Constitution pour permettre en pareil cas l'adoption en procédure d'urgence d'une loi autorisant la perception des impôts et l'ouverture par décret des crédits se rapportant aux services votés ;
– en second lieu, le Conseil d'État a souligné qu'en prévoyant que ces lois-cadres « *déterminent les normes d'évolution et les orientations pluriannuelles des finances publiques, en vue d'assurer l'équilibre des comptes des administrations publiques* », le projet qui lui était soumis conférait à la notion d'équilibre le caractère d'un objectif global et de moyen terme, se référant à la comptabilité nationale. Cet objectif d'équilibre global doit s'entendre en termes de comptabilité nationale et ne peut, par suite, permettre d'inscrire dans une loi-cadre une date à laquelle la loi de finances devrait impérativement présenter un budget de l'État à l'équilibre, en termes de comptabilité budgétaire. Cet objectif devrait être poursuivi par l'ensemble des dispositions des lois-cadres et notamment préciser l'importance de l'effort structurel à consentir sur l'ensemble de la période couverte, tant en matière de dépenses que de recettes.

2.1.1.2. Compétence exclusive en matière d'impositions de toute nature et de cotisations sociales

Le deuxième volet du projet de réforme consiste à donner aux lois de finances et lois de financement de la sécurité sociale une compétence exclusive en matière d'impositions de toute nature et de cotisations sociales.

La fixation des règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature ne relèverait, par suite, plus de la compétence du législateur ordinaire, non plus que la détermination des principes fondamentaux de la sécurité sociale pour ce qui est des cotisations sociales (les catégories de personnes assujetties, le partage entre employeurs et salariés, les éléments de l'assiette et les exonérations dans leur principe).

Il est corrélativement prévu que la loi de finances est seule compétente en matière de ressources des collectivités territoriales.

Le Conseil d'État, a mis en avant les difficultés suivantes :
– en premier lieu, il a relevé la très importante restriction du droit d'initiative législative des membres du Parlement qu'implique nécessairement une telle

réforme ; les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale étant de la seule initiative gouvernementale, aucune proposition de loi ayant pour objet de réformer la fiscalité ou les cotisations sociales, y compris dans un sens favorable à l'équilibre des finances publiques, ne pourrait plus être déposée ;
– en deuxième lieu, il a estimé qu'il serait dommageable pour la qualité du travail législatif et la sécurité juridique des textes adoptés de conférer une portée absolue à ce monopole et d'interdire de ce fait aux lois ordinaires et, par suite, aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution, de contenir des dispositions touchant aux impôts ou aux cotisations sociales. Il serait en particulier regrettable que l'on ne puisse pas, par ordonnance, adopter des mesures d'ordre purement formel, de coordination, ou encore de codification à droit constant ;
– en troisième et dernier lieu, le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur les répercussions regrettables que pourrait avoir cette réforme sur le calendrier législatif, eu égard aux conditions et délais dans lesquels les projets de loi de finances sont soumis à l'examen du Conseil d'État.

2.1.1.3. Transmission d'un projet de programme de stabilité triennal

Le troisième volet du projet de révision constitutionnelle consiste à prévoir, par l'insertion d'un nouvel article 88-8 dans la Constitution, la transmission au Parlement du projet de programme de stabilité triennal établi au titre de la coordination des politiques économiques des États membres que le Gouvernement doit soumettre annuellement aux institutions de l'Union européenne compétentes.

Le Conseil d'État a relevé que la notion de programme de stabilité n'apparaît pas dans le droit primaire de l'Union européenne, mais seulement dans un règlement de l'Union. Cette appellation lui a toutefois paru suffisamment stabilisée pour la maintenir dans le projet de loi qui lui était soumis.

2.1.2. Les projets de loi de finances rectificative relatifs à la crise financière

2.1.2.1. Nouvelles dispositions relatives au Fonds européen de stabilité financière

Le projet de loi de finances rectificative pour 2011, relatif aux nouvelles modalités d'intervention du Fonds européen de stabilité financière (FESF), s'inscrit également dans le cadre de la crise monétaire et financière.

La création du FESF a été décidée lors de la réunion des ministres des finances européens du 9 mai 2010. Ce Fonds participe, avec le Mécanisme européen de stabilité financière (MESF), à l'assistance financière des États de la zone euro qui n'ont plus accès au refinancement direct sur les marchés de dette souveraine qu'à des taux qualifiés de « non soutenables ».

Il intervient en empruntant directement des fonds sur les marchés, pour un montant maximum de 440 milliards d'euros, pour ensuite octroyer des financements à un État en difficulté. Schématiquement, les émissions du FESF sont garanties par les États membres à hauteur de la quote-part de leur banque centrale dans le capital libéré de la Banque centrale européenne (BCE).

La version actuellement en vigueur de l'accord-cadre du FESF est celle signée le 7 juin 2010. En France, cet accord-cadre a été mis en œuvre par la loi de finances rectificative pour 2010 qui autorise le ministre chargé de l'économie « *à accorder la garantie de l'État, au titre de la quote-part de la France dans le dispositif de stabilisation dont la création a été décidée à l'occasion de la réunion du Conseil de l'Union européenne du 9 mai 2010 et dans la limite d'un plafond de 111 milliards d'euros, à une entité* ad hoc *ayant pour objet d'apporter un financement ou de consentir des prêts aux États membres de l'Union européenne dont la monnaie est l'euro, ainsi qu'aux financements obtenus par cette entité* ».

Lors des sommets des chefs d'État et de Gouvernement de la zone euro des 11 mars et 21 juillet 2011, deux nouvelles mesures ont été adoptées en raison de l'aggravation de la crise de la dette souveraine en Europe. Il a notamment été prévu : un nouveau programme d'assistance financière pour la Grèce impliquant l'extension des prérogatives du FESF et lui permettant en particulier d'intervenir sur la base d'un programme préventif établi à titre de précaution ; de financer la recapitalisation des banques et des établissements financiers par des prêts aux Gouvernements, y compris dans les États de l'Union européenne dont la monnaie est l'euro ne bénéficiant pas d'un programme d'assistance financière ou de précaution ; d'agir sur les marchés secondaires, sur le double fondement d'une analyse de la Banque centrale européenne (BCE) constatant l'existence d'une situation exceptionnelle sur les marchés financiers et de risques pour la stabilité financière ainsi que d'un accord entre les États participant au FESF, afin d'éviter tout phénomène de contagion. Enfin, et surtout, le plafond de garantie de l'État dans le cadre du FESF, pour ce qui concerne la France, a été porté à un montant en principal de 159 milliards d'euros.

C'est dans ce contexte que le Conseil d'État a été saisi d'un deuxième projet de loi de finances rectificative ayant pour objet, comme l'avait fait la loi de finances du 16 novembre 2010, d'assurer la mise en œuvre, en France, de ces nouveaux mécanismes financiers.

Constatant que le projet de loi de finances rectificative 2011 autorisant l'octroi de la garantie de la République française au FESF avait pour seul objet d'autoriser l'octroi de la garantie de l'État à un organisme créé par un accord intergouvernemental et que cet accord, pris sous la forme d'un accord de droit international privé par lequel les États signataires ont décidé de créer un établissement financier de droit privé, dont la mission consiste à intervenir sur les marchés financiers selon des procédures et instruments ordinaires de ces marchés, le Conseil d'État a considéré que la ratification préalable de cet accord, dans les formes requises par l'article 53 de la Constitution, n'était pas nécessaire.

Toutefois, il a appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité de transmettre au Parlement, pour sa complète information lors du débat sur ce projet de loi de finances rectificative, une version consolidée, en traduction française officielle, des termes de l'accord passé le 7 juin 2010 entre 17 États membres de l'Union européenne dont la monnaie est l'euro et des décisions modificatives prises les 11 mars et 21 juillet 2011 par les chefs d'État ou de Gouvernement des mêmes États. [*section des finances*]

2.1.2.2. Garantie de l'État liée à la restructuration du groupe *Dexia*

C'est également dans le contexte de la crise financière que le Conseil d'État a été saisi d'un troisième projet de loi de finances rectificative pour 2011.

Les spécificités du groupe *Dexia*, héritées du passé, l'ont rendu particulièrement vulnérable à la volatilité des marchés financiers. Malgré les efforts entrepris depuis 2008 dans le cadre du plan de restructuration accepté par la Commission européenne dans sa décision du 26 février 2010, le groupe *Dexia* a continué de connaître un bilan fortement déséquilibré par un portefeuille d'actifs longs mais refinancés par des ressources de court terme. Les fortes perturbations de la zone euro ont particulièrement affecté ce groupe, dont la situation s'est fortement dégradée depuis l'été 2011. Une intervention de la puissance publique s'imposait pour éviter tout phénomène de contagion.

Afin de permettre au groupe *Dexia* de faire face à ses besoins immédiats de liquidités et également de permettre la mise en œuvre cohérente de son plan de restructuration, les Gouvernements français, belge et luxembourgeois ont décidé d'accorder conjointement leur garantie aux financements levés jusqu'au 31 décembre 2021 par les sociétés *Dexia* SA et *Dexia* Crédit Local SA auprès d'établissements de crédit et de déposants institutionnels, ainsi qu'aux obligations et titres de créance émises par ces sociétés à destination d'investisseurs institutionnels. Le montant de l'encours de financements qui bénéficiera de la garantie de l'État français à ce titre ne pourra excéder 32,85 milliards d'euros (36,5 % des montants éligibles) et cette garantie s'exercera sous réserve de l'appel conjoint en garantie du Royaume de Belgique et du Grand-Duché de Luxembourg.

Une seconde garantie est accordée par l'État français sous forme de contre-garantie des engagements pris par *Dexia SA* et *Dexia Crédit Local SA au* titre d'actifs de la filiale *Dexia Municipal Agency*, dont la majorité du capital sera cédée dans le cadre du plan de restructuration. Ces actifs, pris en compte pour un montant plafonné à 10 milliards d'euros, sont des prêts au secteur local susceptibles de faire l'objet de demandes de renégociation et de contentieux. La garantie de l'État s'exercera, après application d'une franchise de 500 millions d'euros, dans la limite de 70 % des engagements pris par les sociétés *Dexia SA* et *Dexia Crédit Local SA* et d'un montant de 6,65 milliards d'euros.

Saisi d'un tel projet, le Conseil d'État a considéré que les garanties de l'État qu'il prévoyait étaient constitutives d'aides d'État, au sens des articles 107 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Constatant qu'elles n'avaient pas encore fait l'objet d'une notification à la Commission européenne, imposée par l'article 108 §3 du TFUE, le Conseil d'État n'a pas été en mesure de donner un avis favorable à ce projet. Il a toutefois accepté de procéder à un examen purement technique de ces dispositions, aux fins précisément de permettre leur notification utile à la Commission européenne. [*section des finances*]

2.2. Réforme de la pharmacovigilance

2.2.1. Le renforcement de la sécurité sanitaire du médicament

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi relatif à la modernisation du système des produits de santé devenu, après débat au Parlement, la loi relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé. Ce texte concerne à titre principal la sécurité sanitaire des médicaments à usage humain. Le médicament occupe une place de choix dans le système de soins français : 12 000 spécialités pharmaceutiques qui font l'objet d'une autorisation de mise sur le marché (AMM), dont 5 000 sont exploitées et commercialisées ; 200 000 médecins prescrivent les médicaments ; le remboursement de ceux-ci par l'assurance maladie s'élève à 21 milliards d'euros. Le médicament est légitimement au centre d'un dispositif de contrôle public rigoureux, en particulier dans le domaine essentiel de la sécurité sanitaire. Un ensemble d'institutions, créées au cours des vingt dernières années, a ainsi été mis en place pour améliorer l'expertise scientifique et assurer la sécurité des décisions publiques en ce domaine. Cette construction a été élaborée au début des années 1990, notamment après la révélation des défaillances de la transfusion sanguine en France. Elle s'est traduite par la création de plusieurs agences dotées de moyens humains et matériels leur permettant de disposer d'une expertise scientifique de qualité dont les services centraux du ministère de la santé n'étaient pas suffisamment pourvus lorsqu'ils assuraient directement ces missions. À titre d'exemple, l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) [1] dispose en 2011 d'un budget de plus de 130 millions d'euros et emploie près de 1 000 agents.

L'Agence du médicament a été créée par la loi du 4 janvier 1993 en même temps que l'Agence française du sang, devenue ultérieurement l'Établissement français du sang. La loi du 1er juillet 1998 relative au renforcement de la veille sanitaire et du contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme a élargi le champ de l'Agence du médicament, devenue l'AFSSAPS, à tous les produits de santé, au-delà du seul médicament. Cette même loi a également créé l'Institut de veille sanitaire, établissement public chargé notamment d'analyser les risques sanitaires et d'alerter les pouvoirs publics, ainsi que l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments (AFSSA) chargée notamment du médicament vétérinaire. Cette dernière agence a récemment fusionné, aux termes de l'ordonnance du 7 janvier 2010, avec l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail pour devenir l'Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (AFSSAET). La Haute Autorité de santé

1 - Depuis la loi nº 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, l'agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé a remplacé l'AFFSAPS.

(HAS), autorité indépendante dont la mission est d'émettre des avis et recommandations afin d'évaluer notamment le service médical rendu des produits, actes ou prestations de santé, a, quant à elle, été instituée par la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie. En outre, dans des domaines spécifiques dans lesquels l'expertise sanitaire est aussi essentielle, ont été mis en place des établissements plus spécialisés, tels que l'Agence de biomédecine en 2004, notamment pour les greffes, l'Institut national du cancer (INCA) en 2004 et, enfin, l'Établissement de préparation et de réponse aux urgences sanitaires (EPRUS) en 2007.

Ce dispositif de sécurité sanitaire a pourtant été sérieusement altéré par la révélation de l'affaire dite du « Médiator », en novembre 2010, médicament mis sur le marché en 1976 pour une indication relative à la pathologie diabétique, alors qu'il a été prescrit pendant plus de trente ans comme médicament anorexigène, c'est-à-dire à des fins autres que celles qui avaient justifié sa mise sur le marché. Alors que l'Espagne avait réagi dès 2003 et que plusieurs signaux d'alerte en France sur son mésusage, puis sur des cas d'accidents de santé susceptibles de lui être imputés, s'étaient manifestés dès 1999, il a fallu attendre 2009 pour que ce médicament soit retiré du marché en France. De plus, son taux de remboursement avait été maintenu à 65 % alors que le service médical rendu avait été classé très tôt comme « insuffisant » par la commission de la transparence de la HAS. Le rôle et les pratiques de l'un des plus importants groupes pharmaceutiques français ont été rendus publics par un rapport de l'IGAS de janvier 2011.

Cette affaire a révélé plusieurs types de défaillance dans le système de sécurité sanitaire français : l'indépendance de l'expertise sanitaire publique à l'égard des laboratoires pharmaceutiques est insuffisante ; les autorités sanitaires ont manqué de réactivité ; il peut être difficile de retirer du marché des médicaments autorisés dont l'utilité thérapeutique n'est plus justifiée au regard des risques qu'ils présentent ; la prescription de médicaments hors des indications pour lesquelles ils ont obtenu une AMM est parfois d'une facilité excessive ; le dispositif de pharmacovigilance n'a pas permis d'évaluer les cas d'effets indésirables ; enfin, les prescripteurs sont soumis, dans des conditions insatisfaisantes, au démarchage des visiteurs médicaux et à l'influence de la publicité sur les médicaments.

Le projet de loi examiné par le Conseil d'État comporte des dispositions orientées vers plusieurs objectifs pour remédier à ces dysfonctionnements.

Il s'agit, tout d'abord, de s'assurer de l'indépendance de l'expertise scientifique par rapport aux producteurs et distributeurs de produits de santé dans toutes les institutions sanitaires. L'obligation de déclaration des liens d'intérêts est élargie à tous les experts et dirigeants de toutes les agences. Le non-respect de ces obligations est sanctionné pénalement. Les entreprises pharmaceutiques devront rendre publics les avantages qu'elles versent aux acteurs du secteur de la santé. Ensuite, il a été estimé nécessaire d'augmenter les obligations pesant sur les titulaires d'AMM d'un médicament et de renforcer la pharmacovigilance après l'octroi de cette autorisation. En outre, dans le respect de la liberté de prescription du médecin, le projet de loi restreint et encadre par des recommandations les prescriptions hors des indications pour lesquelles le médicament fait l'objet d'une AMM. La qualité de la prescription médicale fait l'objet de la plus grande attention, notamment par la limitation de la publicité auprès des prescripteurs ou par le recours à des logiciels certifiés d'aide à la prescription. Le projet de loi comporte enfin des dispositions qui accroissent les obligations des titulaires d'AMM et renforcent la pharmacovigilance après l'octroi d'une autorisation.

L'AMM d'un médicament est aujourd'hui obtenue et conservée sur le fondement du critère principal de l'existence d'un rapport favorable entre le bénéfice obtenu et le risque encouru, apprécié pour chaque médicament pris isolément. Or, selon les orientations des travaux menés lors des « Assises du médicament », l'AMM devrait être délivrée à raison de l'utilité du médicament au regard des autres traitements disponibles, médicamenteux ou non. En effet, seul le progrès thérapeutique justifie la prise de risque liée à l'AMM. Ces préconisations n'ont toutefois pas pu être intégralement et immédiatement traduites dans le projet de loi dès lors que le régime de l'AMM relève du droit de l'Union européenne à triple titre. En premier lieu, ses critères d'octroi et de retrait ainsi que la procédure suivie par l'autorité nationale compétente sont entièrement harmonisés par la directive 2001/83/CE du 6 novembre 2001 portant « code communautaire relatif aux médicaments à usage humain », plusieurs fois révisée. En deuxième lieu, les autorisations valables en France ne se limitent pas à celles accordées par l'Agence française : elles incluent également les AMM accordées dans d'autres États membres qui bénéficient de la reconnaissance mutuelle. Il s'agit donc d'un sujet qui sera débattu lors de négociations européennes à venir. En troisième et dernier lieu, la directive 2010/84/UE du 15 décembre 2010 dite « directive pharmacovigilance », dont le projet de loi assure une partie de la transposition, a modifié le code communautaire afin d'améliorer le suivi du médicament après son autorisation. L'affaire du Médiator, survenue à la fin de la procédure d'adoption de la directive, allait précisément en révéler la nécessité. Depuis la précédente révision d'envergure du code communautaire en 2004, les AMM ne sont plus soumises à des renouvellements quinquennaux, mais accordées une première fois pour cinq ans puis, sauf exception, renouvelées sans limitation de durée. En contrepartie, aux termes du code, l'évaluation du rapport bénéfices-risques doit être permanente. La nouvelle révision renforce la portée de cette règle, notamment en étendant largement le pouvoir des autorités nationales d'assortir l'autorisation de conditions ou, après qu'elle a été accordée, de faire peser sur son titulaire des obligations dont la méconnaissance peut entraîner le retrait ou la suspension de l'autorisation. En outre, elle complète et précise les obligations générales des titulaires d'autorisations formant un « système » cohérent de pharmacovigilance. Le projet de loi procède à la transposition des prescriptions de cette directive relevant en France du domaine de la loi et expose désormais à des sanctions pécuniaires la méconnaissance des nouvelles obligations. Ces sanctions financières assurent une meilleure effectivité du respect des nouvelles obligations, notamment dans les cas où une procédure de retrait ou une suspension apparaîtrait disproportionnée.

Le Conseil d'État a aussi été conduit, lors de l'examen de ce projet de loi, à rappeler la nécessité d'articuler les obligations nées d'une loi spéciale avec celles issues d'une loi générale. Il a constaté que les directeurs et directeurs adjoints des établissements publics de l'État, les présidents et membres des autorités administratives indépendantes et les experts auprès d'une personne publique, qui relèvent du champ sanitaire couvert par l'article 1er du projet de loi, sont soumis par cet article à une obligation de dépôt d'une déclaration d'intérêts rendue publique, alors qu'ils sont également soumis, en application de l'article 2 du projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique examiné par l'assemblée générale du Conseil d'État récemment, à une obligation de dépôt d'une déclaration d'intérêts qui n'est pas rendue publique. Certes, le principe selon lequel la loi générale ne déroge pas à la loi spéciale s'applique et le projet

de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits dans la vie publique a renvoyé à un décret en Conseil d'État le soin de fixer la liste des établissements publics de l'État relevant de l'obligation de déclaration d'intérêts, permettant ainsi d'en soustraire les dirigeants des établissements mentionnés au présent projet de loi. Toutefois, il subsiste une ambiguïté concernant les obligations de déclaration imposées aux présidents et aux membres des autorités administratives indépendantes intervenant dans le champ sanitaire. Ainsi, aux fins d'une meilleure clarté et lisibilité des textes et en vue d'éviter tout doute sur une possible double déclaration, le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur l'intérêt de préciser dans le texte de loi qui sera le dernier adopté par le Parlement que les dirigeants, mentionnés au présent projet de loi relevant des dispositions spéciales prévues par ce texte, échappent au champ d'application de l'obligation de portée générale prévue par le projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique. [*section sociale*]

2.2.2. Le financement de la réforme

L'article 19 du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2012 définit le volet financier de la réforme de la politique du médicament et des autres produits de santé engagée à la suite de l'affaire du Mediator. Dans ce domaine et pour lever toute ambiguïté sur l'indépendance financière de l'AFSSAPS, le Gouvernement s'est engagé à remplacer par une dotation budgétaire les prélèvements sur l'industrie pharmaceutique qui lui sont affectés et qui constituent, aujourd'hui, l'essentiel de ses ressources. La réforme concerne également d'autres organismes qui perçoivent une fraction des prélèvements en cause. L'opération aurait pu consister en un simple retour de ces recettes dans le budget général, mais tel n'est pas le mécanisme retenu. Le Gouvernement a en effet souhaité que les prélèvements demeurent dans la « sphère sociale ». Il en résulte un régime financier à trois composantes : les prélèvements deviennent des recettes de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés ; en compensation, cette dernière voit diminuer la part de TVA brute collectée par les fabricants de lunettes de 100 à 43 % qui lui est affectée pour un montant équivalant aux nouvelles dotations budgétaires ; enfin, cette TVA est réaffectée au budget de l'État selon des modalités définies dans le projet de loi de finances pour 2012 qui fixe également les dispositions relatives aux dotations budgétaires.

Si une partie du volet financier figure dans le projet de loi de finances, l'essentiel du dispositif, notamment le changement d'affectation des prélèvements au profit de l'AFFSAPS, réside dans le projet de loi de financement de la sécurité sociale. En effet, il a fallu redéfinir le régime des prélèvements dont le recouvrement est aujourd'hui assuré par l'AFSSAPS sur l'activité de l'industrie pharmaceutique. Dès lors que les nouvelles missions confiées à l'Agence justifient une dotation budgétaire supérieure au produit actuel des prélèvements affectés, il était nécessaire, corrélativement, de relever les taux de ces prélèvements pour en accroître le produit de quelque 40 %, aux fins d'atteindre finalement 148 millions d'euros en 2012.

2.2.3. L'indemnisation des victimes du « Médiator »

Le dispositif de droit commun aurait pu suffire pour indemniser les victimes du *benfluorex*, principe actif du « Médiator ». Mais en l'absence de dispositions spécifiques, les victimes auraient dû saisir individuellement les tribunaux compétents. Certaines auraient pu bénéficier de la procédure amiable devant les commissions régionales d'indemnisation et de conciliation (CRCI) créées par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 sur les droits des malades. Il aurait toutefois fallu, à cet effet, qu'elles remplissent des critères qui auraient alors créé entre les victimes d'une même catastrophe sanitaire des distinctions aléatoires, selon la gravité du dommage et la date du fait générateur. La particularité du préjudice a justifié l'institution par l'article 57 de la loi de finances rectificative pour 2011 du 29 juillet 2011 d'une procédure amiable propre aux victimes du « benfluorex », calquée dans ses principes sur celle des CRCI, mais avec un seuil d'entrée plus bas en termes de gravité des dommages et sans limitation quant à la date de prise du médicament. La procédure est en outre centralisée pour faciliter le traitement de cas nombreux et souvent similaires, en ne recourant que lorsque c'est indispensable à une expertise médicale que beaucoup de victimes vivent comme traumatisante. La charge en est confiée à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) qui dispose des structures et des compétences nécessaires, pour intervenir déjà dans la procédure amiable de droit commun et dans de nombreux dispositifs spécifiques d'indemnisation.

Le rôle pivot est ici joué par un collège d'experts placé auprès de l'ONIAM, qui peut procéder à un travail sur pièces, à l'examen d'un dossier constitué ou encore au recours à une demande d'expertise « externe ». Comme dans la procédure de droit commun prévue pour les CRCI, il dispose de six mois pour formuler un avis sur l'étendue des préjudices et les responsabilités lui paraissant susceptibles d'être engagées. Ces deux composantes de l'avis constituent un acte préparatoire à la décision d'indemnisation proprement dite. Celle-ci appartient aux responsables, ou à leurs assureurs, qui disposent d'un délai de trois mois pour faire une offre à la victime. Si l'offre est acceptée, la procédure amiable se clôt par une transaction. Dans le cas contraire, le règlement ne pourra être que contentieux. Toutefois, si le responsable ou son assureur ne fait pas d'offre ou en fait une manifestement insuffisante, l'office se substitue à lui pour indemniser la victime, et c'est l'office qui se retourne ensuite contre le responsable dans le cadre d'une action subrogatoire. Le responsable condamné à indemniser au terme d'une action directe de la victime ou de l'action subrogatoire peut être sanctionné pour n'avoir pas éteint le litige dès la phase amiable, par une pénalité plus forte que celle prévue par les dispositions de droit commun.

La procédure qui permet d'impliquer dans le règlement amiable les professionnels et établissements de santé ainsi que les producteurs et exploitants de produits de santé n'a pas vocation à être utilisée pour mettre en cause la responsabilité de l'État ou des agences pour une éventuelle faute dans le fonctionnement du système de sécurité sanitaire. Le législateur a prévu l'intervention d'un conseil d'orientation exerçant les mêmes attributions qu'en matière d'indemnisation des dommages de vaccinations obligatoires (article L. 3111-9 du code la santé publique) et de contamination par transfusion par le VHC ou le VIH (article L. 3122-1 du même code). Ce choix, même s'il implique une certaine complexité, répond à

une attente forte des associations de victimes, demandeuses d'orientations claires pour l'accompagnement dans la procédure.

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de décret ayant pour objet non seulement de fixer les règles procédurales du nouveau dispositif, mais également de répondre à une difficulté apparue lors des débats parlementaires. Nombre d'associations actives dans la défense des victimes du « benfluorex » sont de création récente et risquaient de se trouver exclues du fonctionnement du dispositif en l'état actuel du droit. En effet, les associations de personnes malades et d'usagers du système de santé doivent recevoir un agrément qui tient compte de leur « expérience » (article L. 1114-1 du code de la santé publique), que le pouvoir réglementaire a traduit par une exigence d'une ancienneté requise de trois ans. Par suite, le projet contient des dispositions qui assouplissent cette condition d'ancienneté. Le Conseil d'État a considéré que cette condition, proportionnée au but recherché, ne portait pas atteinte au principe d'égalité. [*section sociale*]

2.3. Prévention des conflits d'intérêts

Le Conseil d'État (section de l'administration) a examiné le projet de loi destiné à prévenir les conflits d'intérêts dans la vie publique. Il a estimé devoir proposer au Gouvernement d'insérer dans son projet une définition des conflits d'intérêts, qui n'y figurait pas. Le Conseil d'État s'est fondé tout d'abord sur la circonstance que l'ampleur des obligations instituées par la loi à l'égard des personnes qu'elle concerne, de déport et de déclaration d'intérêt, était susceptible de varier selon l'interprétation donnée à la notion en cause. Tel est le cas en particulier, notamment, pour ce qui est du champ et de la nature des intérêts à inclure ou à exclure. Il était dès lors indispensable, pour des raisons de sécurité juridique, d'encadrer cette interprétation sans attendre d'éventuels contentieux. Le Conseil d'État, ensuite, a pris en compte le risque qu'à défaut de définition formelle dans le texte de loi, la portée conférée à la notion de conflit d'intérêts ne soit pas celle retenue par le juge pénal pour caractériser une prise illégale d'intérêts, alors que prévention et répression n'appellent pas, en la matière, la même approche ; ainsi pour le juge répressif, toute prise d'intérêts, quelle que soit l'intensité de ceux-ci, est susceptible d'être qualifiée de prise illégale d'intérêts ; s'agissant par contre de prévention, et par exemple de déclaration d'intérêt, l'obligation, pour un responsable public, de déclarer l'ensemble des intérêts, même faibles, qu'il peut avoir au regard des fonctions qu'il exerce n'est pas réellement nécessaire. Le Conseil d'État a donc estimé que cette différence d'approche devait être apparente dans le texte de loi. [*section de l'administration*]

2.4. Traitements de données à caractère personnel : concilier l'ordre public et la protection des libertés individuelles

En matière de traitements de données à caractère personnel, le Conseil d'État s'efforce de concilier deux impératifs : d'une part, la recherche de l'efficacité apportée par les nouvelles technologies de l'information au fonctionnement des pouvoirs publics, des services publics et de la société en général et, d'autre part, la protection de la vie privée et des libertés publiques.

C'est dans cet esprit qu'il a précisé, au cours de l'année 2011, le droit applicable à certaines catégories de traitements soulevant des questions délicates au regard de la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Celle-ci ne se limite plus à la loi du 6 janvier 1978 en raison de la tendance croissante du législateur à autoriser des traitements particuliers et à adopter à cet effet des dispositions spéciales qui, en partie, se combinent avec la loi de 1978, en partie y dérogent. C'est ainsi que le Conseil d'État a été amené, en 2011, à se pencher sur les fichiers de condamnations mis en œuvre par des personnes morales autre que l'État, la vidéosurveillance, les traitements biométriques ou le fichier des personnes détenues. [*section de l'intérieur*]

Données biométriques – Traitement automatisé relatif aux ressortissants étrangers en France – Fusion de traitements

En tant qu'il porte sur l'enregistrement de données biométriques telles que les empreintes digitales et l'image faciale, en matière de titre de séjour d'étrangers en situation irrégulière et d'éloignement, d'une part, et de titres de voyage pour étrangers, d'autre part, le nouveau traitement qui fusionne deux anciens systèmes informatisés repose sur une double base légale : les articles L. 611-3 et L. 611-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978. Dans un cas comme dans l'autre, l'autorisation du traitement prend la forme d'un décret en Conseil d'État après avis motivé et publié de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

Tout en prenant acte des réserves formulées par la CNIL quant à la conservation en base centrale des données biométriques, le Conseil d'État (section de l'intérieur) a estimé que les finalités du traitement, destiné notamment à permettre l'identification d'étrangers ayant disposé d'un titre de séjour, mais dont la situation est devenue irrégulière, justifiaient cette conservation, selon des modalités assurant le respect de la vie privée et des intérêts légitimes des étrangers concernés.

S'il a conservé pour l'essentiel les dispositions relatives au traitement des données relatives aux titres de voyage, il a disjoint celles d'entre elles qui conduisaient à regarder le décret comme constituant la base légale de la délivrance de titres de voyage. En effet, dès lors que la délivrance d'un titre de voyage à un étranger touche à sa liberté d'aller et venir, seule la loi peut instituer les titres de voyage et organiser leur régime juridique. [*section de l'intérieur*]

Vidéo-surveillance – Champ d'application respectif de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité

Le Conseil d'État a été saisi d'une demande d'avis sur les aspects juridiques de la vidéosurveillance.

Les systèmes de caméras peuvent être dirigés soit vers des espaces ouverts au public, soit vers des espaces non ouverts au public, soit encore correspondre à des systèmes mixtes.

Il résulte des termes mêmes de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, modifiée par la loi du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, que les systèmes de vidéoprotection mis en œuvre sur la voie publique ou, plus généralement, dans des lieux ouverts au public relèvent d'une autorisation délivrée par le préfet après avis d'une commission départementale. Par exception, ils relèvent des procédures et des règles de fond instituées par la loi du 6 janvier 1978 si le système comporte des fonctionnalités destinées à permettre l'identification des personnes. Cette condition n'est pas susceptible, en principe, d'être satisfaite par des systèmes de vidéoprotection enregistrant des passants anonymes.

Relève des dispositions combinées de la loi du 6 janvier 1978 précitée et de la directive 95/46/CE du 25 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données la vidéosurveillance exercée au moyen de caméras dans les lieux non ouverts au public dès lors que, d'une part, les images font l'objet d'un traitement automatisé et, d'autre part, les personnes qui y apparaissent sont directement ou indirectement identifiables. En conséquence, un système de vidéosurveillance mis en œuvre dans un lieu non ouvert au public est soumis aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978 dès lors que les images font l'objet d'un enregistrement et d'une conservation, et non d'un simple visionnage, et que le responsable du système ou les agents qui ont accès aux enregistrements sont en mesure, par les moyens dont ils disposent normalement, d'identifier les personnes susceptibles d'y apparaître.

Pour ce qui est des systèmes mixtes, c'est-à-dire lorsqu'un système de vidéoprotection comporte à la fois des caméras dirigées vers des espaces ouverts au public et des caméras dirigées vers des espaces non ouverts au public, fréquentés par des personnes que les destinataires des enregistrements sont en mesure d'identifier sans recourir à des moyens disproportionnés, il doit tout à la fois être autorisé dans les conditions de l'autorisation prévue à l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 et respecter les prescriptions de la loi du 6 janvier 1978. [*section de l'intérieur*]

Traitement automatisé de données à caractère personnel relatif aux détenus

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a examiné un projet de décret portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel sur les détenus (GIDE).

Tout en relevant l'urgence de conférer un fondement légal approprié à un traitement mis en œuvre depuis déjà plusieurs années, le Conseil d'État a estimé regrettable, compte tenu des données sensibles qui y sont enregistrées, qu'une traçabilité suffisante ne soit pas aujourd'hui permise pour des raisons techniques. Eu égard au caractère vieillissant du système et à son remplacement, à terme, par une nouvelle base centrale dénommée GENESIS, et tout en assortissant le dispositif de règles précises d'accès des différentes catégories d'agents appelés à consulter et à alimenter la base de données, le Conseil d'État a subordonné son avis favorable à la condition que l'autorisation soit limitée à une durée nécessaire pour la mise en œuvre effective de ce nouveau traitement. À été retenue une durée qui devrait permettre au traitement GENESIS de prendre le relais de GIDE sans discontinuité.

Le Conseil d'État a en outre souligné l'intérêt qui s'attacherait, au regard de la protection de la vie privée du détenu, à ce qu'un tel système soit régulièrement évalué, sans préjudice de l'attention que lui porte le contrôleur général des lieux de privation de liberté. [*section de l'intérieur*]

Institution d'un nouveau fichier unique des « interdits de gérer »

Aux fins tout à la fois de limiter les fraudes et de simplifier la procédure de contrôle des immatriculations au registre du commerce et des sociétés, la proposition de loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, présentée par M. Warsmann, a prévu la création, par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce (CNGTC), d'un fichier unique des « interdits de gérer ». Il permettra la centralisation et la diffusion au niveau national de l'ensemble des mesures d'interdiction de gérer, qu'elles visent des commerçants ou des non-commerçants, de façon à éviter les nombreuses vérifications actuellement nécessaires.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a estimé que le recours à la loi aux fins de créer un fichier comprenant des condamnations pénales était nécessaire tout à la fois pour respecter l'article 777-3 du code de procédure pénale qui prohibe la détention de fichiers mentionnant des condamnations et l'article 9 de loi du 6 janvier 1978 qui n'autorise pas, en l'état, la mise en œuvre d'un tel traitement par le CNGTC. [*section de l'intérieur*]

Signalement des condamnations pour des infractions sexuelles ou violentes – Création d'un service spécifique – Compétence réglementaire – Conditions

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi d'un projet de décret créant une plateforme interministérielle de vigilance à l'égard des délinquants sexuels ou violents, n'a pu lui donner un avis favorable. La mission essentielle de cette structure, service à compétence nationale directement rattaché au garde des Sceaux, étant la détection et le signalement des personnes condamnées pour des infractions sexuelles ou violentes qui doivent faire l'objet d'une vigilance particulière en raison de leur dangerosité potentielle, sa création par décret a été considérée comme prématurée, car indissociable de la modification des dispositions législatives qui régissent les finalités, la consultation et l'utilisation des traitements de données à caractère personnel comportant les données pertinentes.

Ces dispositions sont notamment celles de la partie législative du code de procédure pénale relatives au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, dont l'article 706-53-7 dresse la liste des utilisateurs ; celles du même code relatives au fichier d'antécédents judiciaires, dont l'article 230-6, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, définit les finalités ; celles relatives aux enquêtes administratives donnant lieu à la consultation des traitements de police (article 230-6 du code de procédure pénal), dont l'article 17-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 fixe la liste des utilisateurs habilités. [*section de l'intérieur*]

2.5. Réforme des soins psychiatriques sans consentement

2.5.1. Les phases d'une genèse juridique complexe

La réforme du régime juridique des soins psychiatriques sans consentement a présenté des difficultés d'ordre constitutionnel. Dès 2010, le Conseil d'État avait examiné un projet de loi relatif à l'hospitalisation sans consentement. Mais entretemps, saisi par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a rendu le 26 novembre 2010, sur la législation actuellement en vigueur, une décision dont le Gouvernement a entendu tirer les conséquences. Il a saisi le Conseil d'État d'une lettre rectificative au projet de loi que celui-ci avait examiné. En effet, après avoir repris, pour l'essentiel, la version du texte issue des délibérations du Conseil d'État, le Gouvernement avait déposé ce projet sur le bureau de l'Assemblée nationale.

Pour la bonne compréhension de la réforme envisagée, le projet initial transmis au Parlement mérite d'être exposé. Tout en apportant au régime en vigueur de l'hospitalisation d'office des novations substantielles, il conservait deux éléments essentiels de la législation existant depuis l'origine. En premier lieu, il maintenait un système dans lequel la décision initiale d'admission dans le dispositif de contrainte – jusque-là sous la forme unique de l'hospitalisation, mais sous des formes plus diversifiées dans le cadre du projet – constitue une décision administrative, et non pas une décision judiciaire. En second lieu, le projet de loi conservait, en l'enrichissant, la distinction opérée entre, d'une part, l'admission sur décision du préfet, pour des motifs notamment d'ordre public et, d'autre part, l'admission sur demande de tiers, c'est-à-dire en général sur demande de la famille. Parmi les novations les plus substantielles figurait la diversification des modes de prise en charge. Là où la loi ne connaissait, jusque-là, d'autre forme de prise en charge de la personne que l'hospitalisation complète, laquelle subsiste d'ailleurs, le projet prévoyait désormais une autre forme incluant des soins ambulatoires, pouvant comporter des soins à domicile, dispensés par un établissement psychiatrique et, le cas échéant, des séjours effectués dans un établissement de ce type. En outre, lorsque l'initiative de l'admission n'était pas le fait du représentant de l'État dans le département, il introduisait une nouvelle possibilité qualifiée paradoxalement de « demande de tiers sans tiers », visant l'hypothèse où le besoin de soins étant avéré et l'intéressé ne sollicitant pas les soins lui-même, il n'existe pas non plus de membre de famille ou de relation proche. Dans ce cas, le directeur d'établissement psychiatrique à qui la personne a été signalée prend lui-même la décision. Dans cette hypothèse, il est nécessaire qu'il y ait «*péril imminent pour la santé de la personne*». Le Conseil d'État avait, pour l'essentiel, émis un avis favorable à ces novations importantes du projet de loi, considérant notamment que la jurisprudence constitutionnelle n'exigeait pas la prise de décision initiale par le juge judiciaire. Toutefois, il avait introduit dans le projet du Gouvernement un article prévoyant la saisine automatique du juge des libertés et de la détention (JLD) lorsque, sous le régime de l'admission sur décision du représentant de l'État, le préfet, s'écartant de la proposition des psychiatres, décide l'hospitalisation complète. Le Gouvernement avait cependant décidé de ne pas reprendre cette disposition dans le projet déposé au Parlement. On mesure ainsi la force exercée sur les rédacteurs du projet par une tradition séculaire suivant laquelle le juge judiciaire pouvait certes, au nom de sa mission de gardien des libertés, être saisi à tout moment par la personne intéressée, mais où la protection de cette dernière tout autant que, dans certains cas, celle de l'ordre public, incombe avant tout à l'administration. Le Conseil d'État n'a pas été insensible au poids de cette tradition et a limité les cas où le juge judiciaire doit toujours être saisi d'office, à la seule hypothèse de l'admission en hospitalisation complète sur décision du préfet tel que mentionné ci-dessus.

C'est à ce stade qu'est intervenue la décision rendue par le Conseil constitutionnel n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010[2] sur transmission par décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 24 septembre 2010. Si cette décision a été rendue à propos du seul régime de l'hospitalisation sans consentement de la personne à la demande de tiers, il y a lieu de considérer que la décision vaut également pour le régime de l'hospitalisation d'office sur décision du préfet. Il en ressort que si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté. Dès lors, les dispositions de l'article L. 333-1 du code de la santé publique, qui confient au directeur de l'établissement le soin d'admettre une personne en hospitalisation sur demande d'un tiers, ne méconnaissent pas les exigences tirées de l'article 66 de la Constitution. Il est permis de considérer que le dispositif d'admission initiale par décision administrative a ainsi été validé, y compris lorsque la décision émane du préfet. Toutefois, le Conseil constitutionnel juge que «*la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible*» et il en déduit «*qu'en prévoyant que l'hospitalisation sans consentement peut être maintenue au-delà de quinze jours sans intervention d'une juridiction de l'ordre judiciaire, les dispositions de l'article L. 337 méconnaissent les exigences de l'article 66 de la Constitution*». En outre, il considère que la dualité de compétence des deux ordres de juridiction n'est pas en soi contraire aux droits et libertés garantis par la Constitution. Enfin, par une réserve d'interprétation, la décision traite la question sensible, puisqu'elle est à l'origine de condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, des délais dans lesquels le juge judiciaire est tenu de statuer sur une demande de sortie immédiate, c'est-à-dire *« dans les plus brefs délais »*. [*section sociale*]

2 - Le Conseil constitutionnel a eu ensuite plusieurs autres occasions de se prononcer sur les différents régimes d'hospitalisation sans consentement, voir notamment ses décisions n° 2011-201 QPC du 2 décembre 2011 et n° 2011-135 et 140 du 9 juin 2011.

2.5.2. Un renforcement du rôle du juge des libertés et de la détention

Pour l'essentiel, les nouvelles dispositions ont pour objet d'introduire le principe d'une saisine automatique du JLD, lorsque la prise en charge d'une personne a pris la forme d'une hospitalisation complète et qu'il est envisagé de la prolonger au-delà d'une durée de quinze jours. Une saisine du JLD est également prévue à l'expiration d'une hospitalisation complète d'une durée de six mois, lorsque la prise en charge est susceptible de se prolonger sous cette forme contraignante. En outre, dès lors que le Conseil constitutionnel a jugé que «*si l'article 66 de la Constitution exige que toute privation de liberté soit placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, il n'impose pas que cette dernière soit saisie préalablement à toute mesure de privation de liberté ; que, dès lors, les dispositions de l'article L. 333-1 du code de la santé publique, qui confient au directeur de l'établissement le soin d'admettre une personne en hospitalisation sur demande d'un tiers après avoir vérifié que la demande a été établie conformément aux dispositions de l'article L. 333 ou de l'article L. 333-2, ne méconnaissent pas les exigences tirées de l'article 66 de la Constitution*» (cst 20), il a admis ainsi le caractère purement administratif de la décision d'admission initiale. Toutefois, dans une telle hypothèse d'hospitalisation sans consentement, il a exigé la production de deux certificats médicaux circonstanciés et datés de moins de quinze jours, une admission au vu d'un seul certificat médical étant réservé, «*à titre exceptionnel, au cas de péril imminent pour la santé du malade*». (cst 18) Dès lors, le Gouvernement a estimé nécessaire, contrairement à son projet initial, de respecter cette exigence de l'établissement de deux certificats médicaux.

En principe, le contrôle systématique du juge apporte une garantie supplémentaire contre l'internement abusif de personnes isolées et fragiles qui ne sont pas toujours en mesure de former elles-mêmes un recours. Certes, même si aucun des nombreux rapports parus sur le sujet ne fait état d'abus en cette matière, la demande sociale actuelle tend plutôt à critiquer l'insuffisance de prise en charge, ainsi qu'en témoignent des faits divers récents et très médiatisés. Mais il est probable que le juge s'estimera rarement en mesure de substituer son appréciation à celle des psychiatres. Il est permis de penser que la réforme aura un effet positif indirect, d'une part, en conduisant les psychiatres à motiver de manière plus approfondie leurs certificats et, d'autre part, en offrant au patient la garantie d'être examiné par au moins deux psychiatres différents, du fait de l'obligation faite aux établissements de fournir au juge deux avis concordant. Cette «judiciarisation» de l'hospitalisation d'office ne manquera pas d'avoir un impact, encore difficile à évaluer, sur la relation entre le patient, désormais systématiquement confronté au juge, et l'institution qui sera une partie à l'instance.

S'agissant de la mainlevée de l'hospitalisation complète, les nouvelles dispositions du code de la santé publique proposées relatives aux règles de saisine automatique imposent au JLD d'ordonner deux expertises psychiatriques supplémentaires avant de prononcer une telle mainlevée dans le cas où le patient relève de l'une des catégories suivantes : les patients ayant déjà fait l'objet d'une déclaration d'irresponsabilité pénale et ceux ayant déjà été hospitalisés dans une unité pour malades difficiles. Le Conseil d'État a rappelé que sa position tendant à limiter le champ de ces catégories respectivement aux personnes dont l'hospitalisation actuelle résulte d'une déclaration d'irresponsabilité pénale et aux personnes ayant été hospitalisées en unité pour malades difficiles au cours des cinq dernières années se fonde sur le fait que les mesures envisagées peuvent être regardées comme portant atteinte à la liberté individuelle et à la vie privée, en tant qu'elles tiennent compte du passé psychiatrique de la personne sans limitation de durée.

S'agissant de l'obligation de ne rendre obligatoire le renouvellement du contrôle du juge sur la situation d'une personne en hospitalisation complète qu'à l'issue d'une période de six mois, le Conseil d'État a admis le choix du Gouvernement, compte tenu du fait que le contrôle systématique opéré au quinzième jour renforce le caractère effectif, tout à la fois du droit de la personne intéressée de demander au juge à tout moment la mainlevée des mesures qui lui sont imposées au titre des soins sans son consentement et de la possibilité ouverte au juge de se saisir d'office, également à tout moment.

Enfin, le Conseil d'État estime que les dispositions de l'article L 3213-10 introduites dans le projet de lettre rectificative prescrivant la saisine de plein droit du juge des libertés et de la détention, lorsque le préfet décide l'hospitalisation complète d'une personne sans que cela ne corresponde à la proposition d'un psychiatre, sont de nature à renforcer les garanties apportées par le projet en ce qui concerne le respect des exigences constitutionnelles, en particulier au regard du délai de six mois retenu par le Gouvernement pour que le juge se prononce sur la prolongation de l'hospitalisation complète d'une personne sans son consentement. Il est à noter que le Gouvernement a été conduit à déposer sur ce texte un amendement après la commission mixte paritaire pour tenir compte de la décision nouvelle du Conseil constitutionnel n° 2011-135/140 QPC du 9 juin 2011 jugeant contraire à la Constitution les dispositions antérieures du code de la santé publique autorisant le maintien de l'hospitalisation d'office sans l'intervention d'un juge dans le plus court délai possible.

Le Conseil d'État a eu également à connaître de plusieurs décrets pris pour l'application de ces dispositions législatives. Ils sont nécessairement de portée plus limitée, avant tout d'ordre procédural ou organisationnel, eu égard à l'extrême sensibilité de cette matière qui touche à la liberté d'aller et venir et relève par suite du domaine de la loi[3] : élaboration et modification du programme de soins ; fonctionnement du collège ; contenu de la demande d'admission en soins psychiatriques formée par un tiers ; précisions de procédure relative à l'admission en soins psychiatriques sur décision du représentant de l'État ; régime de l'hospitalisation dans une unité pour malades difficiles (UMD), et la modification des dispositions applicables aux commissions départementales des soins psychiatriques. Enfin la procédure devant le JLD a fait l'objet d'un projet de décret spécifique, relatif à la procédure judiciaire de mainlevée des mesures de soins psychiatriques. [*section sociale*]

3 - Au cours des débats parlementaires le choix a été fait par le législateur d'unifier le contentieux relatif à l'hospitalisation sans consentement au profit du juge judiciaire.

2.6. Participation des citoyens à la justice pénale

En 2011, le Conseil d'État a traité en trois occasions de la présence de simples citoyens dans les juridictions pénales. Il l'a fait dans la réponse à une demande d'avis, puis à l'occasion du projet de loi faisant suite à cet avis, enfin à propos de décret d'application de la loi. Cette question illustre l'étendue et la diversité de ses fonctions consultatives.

2.6.1. La demande d'avis

La présence, au sein des formations correctionnelles, de magistrats professionnels et de juges non professionnels en nombre égal doit être appréciée à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005. Si les dispositions de l'article 66 de la Constitution s'opposent à ce que le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté soit confié à une juridiction qui ne serait composée que de juges non professionnels, elles n'interdisent pas, par elles-mêmes, que ce pouvoir soit exercé par une juridiction pénale de droit commun au sein de laquelle siègent de tels juges (cons. 16). Toutefois, « *s'agissant des formations correctionnelles de droit commun, la proportion des juges non professionnels doit rester minoritaire* » (cons. 17). Se trouve ainsi renforcée, pour des motifs tirés du respect de l'article 66 de la Constitution, l'exigence générale fondée sur son article 64, selon laquelle les fonctions « *normalement réservées aux magistrats de carrière* » ne peuvent être confiées que « *pour une part limitée* » à des juges non professionnels (n° 92-305 DC du 21 février 1992, n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, n° 98-396 DC du 19 février 1998, n° 2002-461 DC du 29 août 2002 et n° 2003-466 DC du 20 février 2003).

Des dispositions qui institueraient une formation correctionnelle comprenant, en nombre égal, des juges non professionnels et des magistrats de carrière devraient être considérées contraires à l'article 66 de la Constitution car elles n'assureraient pas, au sein de cette formation, une présence majoritaire des magistrats de carrière. La circonstance que le président, magistrat professionnel, a voix prépondérante n'est pas de nature à modifier cette appréciation. Si la composition de la cour d'assises, qui comprend une majorité de jurés, n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles (n° 2003-466 DC du 20 février 2003), il ne saurait s'en déduire que la présence majoritaire de jurés au sein des tribunaux correctionnels ne méconnaîtrait pas ces exigences. L'ancienneté et la très forte spécificité de l'institution du jury criminel expliquent que la cour d'assises figure au nombre des juridictions où, selon les termes mêmes du Conseil constitutionnel, l'exercice des fonctions judiciaires n'est pas normalement réservé aux magistrats de carrière.

En tout état de cause, la présence de citoyens tirés au sort au sein des tribunaux correctionnels supposerait que les règles de procédure pénale soient adaptées de façon à garantir leur aptitude à participer de manière éclairée au jugement des affaires qui leur seraient soumises. [*section de l'intérieur*]

2.6.2. Le projet de loi et son décret d'application

Le projet de loi relatif à la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et au jugement des mineurs, soumis au Conseil d'État aussitôt après la réponse faite par ce dernier à la demande d'avis relative à la participation des citoyens aux jugements correctionnels, a fait l'objet des disjonctions et observations suivantes :

■ Le Conseil d'État, au rapport de la section de l'intérieur, a disjoint les dispositions du projet adaptant la procédure de comparution immédiate en cas de saisine du tribunal correctionnel comprenant des assesseurs non professionnels. La disposition prévoyait qu'en cas de mise en œuvre de cette procédure, le prévenu pourrait être placé en détention provisoire par le juge des libertés et de la détention pour une durée maximale de quatre mois (contre trois jours aujourd'hui) avant sa comparution devant le tribunal, si celui-ci ne pouvait être réuni dans un délai plus court. Cet accroissement de la durée de la détention provisoire, sans autre justification que celle tirée de la difficulté d'organiser le service des citoyens assesseurs dans le ressort des juridictions correctionnelles modestes, porterait une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle. Aussi le Conseil d'État a-t-il préconisé que, faute de pouvoir réunir la formation de jugement comportant des citoyens assesseurs dans le délai de droit commun de détention provisoire, le prévenu soit jugé par la formation ordinaire du tribunal correctionnel.

■ Le Conseil d'État a considéré que si les exigences constitutionnelles relatives à l'enfance délinquante, rappelées en dernier lieu par la décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, ne font pas obstacle, par principe, à ce que soit soumis à la juridiction correctionnelle de droit commun le jugement de certains délits commis en récidive par des mineurs de 16 à 18 ans, trois conditions doivent être satisfaites : un juge des enfants doit siéger ; des règles de procédure appropriées doivent être respectées ; la compétence d'une telle juridiction doit être subordonnée à un seuil de gravité des infractions commises.

■ Enfin, s'agissant du placement sous contrôle judiciaire des mineurs de 13 à 16 ans primo-délinquants, le Conseil d'État a constaté que la modification proposée visant à réduire de sept à cinq ans le seuil de la peine encourue avait pour objet de revenir sur une disposition introduite par une loi de 2007, en l'absence de toute évaluation permettant d'en apprécier les effets. Compte tenu des conséquences qui s'attachent à une telle mesure sur la détention provisoire de cette catégorie de mineurs, la disposition en cause, dont la rigueur n'était pas justifiée, a été disjointe.

Quant au projet de décret pris en application du nouvel article 10-14 du code de procédure pénale, il a apporté les précisions nécessaires sur les modalités de désignation, de formation et d'indemnisation des citoyens assesseurs. Comme les dispositions législatives qu'il met en œuvre, ce texte a une portée expérimentale, limitée à deux ans et à deux cours d'appel. [*section de l'intérieur*]

2.7. Mise en œuvre de la loi dite « Grenelle 2 »

La loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite loi « Grenelle 2 », a donné lieu à l'examen, par la section des travaux publics, d'une cinquantaine de textes d'application, qu'il s'agisse de projets d'ordonnance ou de décret. Ils concernent l'ensemble des domaines couverts par la loi. Ces textes, de nature juridique différente, sont intervenus dans des secteurs très variés et présentent, par suite, une portée hétérogène. Ils revêtent souvent un caractère très sensible. Plus que l'importance des questions de droit soulevées par ces projets, c'est l'ampleur de cette production normative qui doit être soulignée, dès lors que, sans prétendre à l'exhaustivité, ces projets ont pour objet de définir de nombreux régimes juridiques. À titre d'exemples, il y a lieu de citer les projets d'ordonnance relatifs à la réforme des établissements publics fonciers et d'aménagement, à la définition des surfaces de plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme, aux corrections à apporter au régime des autorisations d'urbanisme, ainsi que les projets de décret relatifs aux attestations de prise en compte de la réglementation thermique et acoustique, au télépéage, au bilan des émissions de gaz à effet de serre et du plan climat énergie territorial, aux installations classées, aux garanties financières en vue d'assurer la remise en état du site ou encore aux installations marines de production d'électricité.

Ce qui est réellement novateur, s'inscrivant dans le droit fil de la loi dite « Grenelle 2 », c'est l'appréhension d'ensemble de l'approche environnementale et de développement durable. En effet, la pluralité de ces textes prend en compte les interactions des prescriptions environnementales avec les réglementations en matière d'urbanisme, de construction et de transports.

Les dispositions législatives et réglementaires examinées par le Conseil d'État prévoient l'institution de nouveaux instruments de planification tels que les schémas régionaux climat, air, énergie qui rassemblent dans un seul document les inventaires, analyses et orientations relatifs à la réduction des émissions de gaz à effet de serre, à la maîtrise de la demande énergétique, au développement des filières d'énergies renouvelables, à la lutte contre la pollution atmosphérique. On peut aussi retenir le schéma stratégique de façade qui définit les objectifs de la gestion intégrée de la mer et du littoral, le plan départemental de traitement des déchets issus des chantiers du BTP, le plan départemental d'élimination et de réduction de la production de déchets avec la fixation d'une limite aux capacités d'incinération et d'enfouissement. Le Conseil d'État (section des travaux publics), lors de l'examen de ces textes a examiné l'articulation de ces différents documents entre eux, qu'il s'agisse, d'une part, de celle entre documents de planification sectorielle tels que les schémas ou plans mentionnés ci-dessus et documents d'urbanisme, ou, d'autre part, de celle entre les divers documents de planification relatifs au milieu marin. Il s'agit d'une question récurrente mais dont la portée s'accroît avec la multiplication des documents de planification dans les différents domaines.

De plus, outre la réforme de la procédure d'enquête publique exposée (*infra*, 4.16. p. 294), la section des travaux publics a examiné un projet de décret portant réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements, pris pour l'application de l'article 230 de la loi Grenelle 2. Il constitue une réforme profonde et complète des études d'impact. Désormais, les projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements sont soumis à étude d'impact, soit dans tous les cas, soit après examen au cas par cas du projet par l'autorité administrative compétente en matière d'environnement. La répartition des projets entre ces deux cas de figures est fonction des effets qu'ils sont susceptibles d'avoir sur l'environnement. Une grande partie du décret est consacrée à l'institution de cette procédure d'examen au cas par cas ainsi qu'à la procédure dite de « cadrage préalable » de l'étude d'impact, laquelle offre au maître d'ouvrage la possibilité de demander à l'autorité compétente pour prendre la décision d'autorisation du projet de lui donner « *un avis sur le degré de précision des informations à fournir dans l'étude d'impact* ».

Sont également précisément déterminés aussi bien le contenu de l'étude d'impact et les modalités selon lesquelles cette étude est mise à disposition du public que les modalités de participation des associations agréées à leur élaboration.

Enfin, à l'occasion de la réforme substantielle de ces procédures anciennes, se sont trouvés posés de nombreux problèmes relatifs à la gouvernance, qui ont conduit le Conseil d'État, au rapport de la section des travaux publics, à examiner plusieurs projets de texte, notamment le projet de décret relatif à la réforme des fonctions de commissaire enquêteur, le projet d'ordonnance portant mesures de simplification et d'harmonisation de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement, ainsi que plusieurs projets portant dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne. [*section des travaux publics*]

2.8. Réforme de la fonction publique d'encadrement supérieur

Le Conseil d'État (section de l'administration) a été saisi de nombreux projets de décret relatifs à la haute fonction publique : d'une part, des projets réformant les statuts des corps dits du « A supérieur », aussi bien de la filière administrative, comme les statuts des corps des administrateurs civils, des sous-préfets, des préfets, de l'Inspection générale des affaires sociales, que de la filière technique, comme le statut des ingénieurs des mines ; d'autre part, des projets relatifs aux statuts des emplois ouverts à ces corps « viviers ».

Les modifications les plus marquantes ont porté sur ce qui est traditionnellement regardé comme les deux composantes majeures du système français de haute fonction publique : le corps des administrateurs civils et le statut des emplois dits de direction de l'État (sous-directeurs, chefs de service et directeurs adjoints). Ces composantes ont été mises en place au sortir de la Seconde Guerre mondiale. Le corps des administrateurs civils a été institué par une ordonnance du 9 novembre 1945, qui a créé par ailleurs l'ENA ; il s'agissait d'attirer vers la

fonction publique les meilleurs étudiants sortant de l'appareil de formation et les jeunes fonctionnaires les plus prometteurs, en les faisant accéder d'emblée à des responsabilités élevées et à un corps positionné au plus haut de la hiérarchie administrative. Le statut des emplois de direction, institué par un décret de 1955, est venu compléter ce dispositif en réservant au vivier ainsi constitué de hauts fonctionnaires les emplois supérieurs d'encadrement de l'État, pour au moins 75 % de ceux-ci, proportion ramenée ultérieurement à 70 % ; les autres 30 % étant accessibles aux membres des corps de niveau équivalent ainsi qu'à des membres de corps de niveau inférieur, mais détachés dans des emplois de chefs de services déconcentrés.

Le Conseil d'État (section de l'administration) a été saisi de deux projets de décret (projet de décret relatif aux emplois de direction des administrations centrales de l'État, des établissements publics administratifs de l'État et projet de décret modifiant le décret du 16 novembre 1999 portant statut particulier des administrateurs civils).

Le corps des administrateurs civils voit son déroulement de carrière revalorisé et sécurisé, notamment par la création d'un grade nouveau d'administrateur général, appelé à culminer à la hors échelle D. Ce grade est réservé aux administrateurs civils ayant occupé des fonctions de haute responsabilité, en particulier par voie de détachement dans des emplois d'encadrement supérieur. Dans le même temps, la proportion des emplois d'encadrement réservés aux administrateurs civils est ramenée de 70 à 50 %, l'autre moitié ne pouvant être occupée que par des fonctionnaires appartenant à des corps culminant à la hors échelle B, quels que soient les emplois dans lesquels ils seraient le cas échéant détachés.

Quant aux statuts d'emplois, ils sont également revalorisés, leur indice maximum passant de la hors échelle B *bis* à la hors échelle D. En outre, il est prévu que ces emplois d'encadrement peuvent être créés, non seulement pour l'encadrement d'un service ou d'une sous-direction, mais également pour des fonctions de simple assistance de responsables administratifs.

Le Conseil d'État a attiré l'attention du Gouvernement sur le risque de confusion entre les fonctions susceptibles d'être confiées aux administrateurs civils promus au grade d'administrateur général, dont il est envisagé qu'il puisse accueillir jusqu'à 20 % des effectifs du corps (soit 560), et les fonctions normalement dévolues aux agents nommés dans les emplois de direction. Ces derniers sont eux-mêmes au nombre d'environ 600, sans compter les titulaires d'emplois de directeur de projet et d'expert de haut niveau créés au cours des dernières années. Or des statuts d'emplois ne peuvent être légalement et utilement institués ou maintenus que pour autant que les fonctions qui en relèvent se distinguent suffisamment de celles que les membres d'un corps ont vocation à exercer.

Le Conseil d'État a également considéré que la suppression de l'accès aux emplois de direction d'administration centrale de membres de corps de niveau hiérarchique inférieur à celui d'administrateur civil, mais détachés dans des emplois de direction d'administration territoriale, pouvait ne pas être constitutive d'erreur manifeste d'appréciation. Toutefois, cette suppression soulève une réelle interrogation en termes d'opportunité administrative, au regard tant de la tradition inverse remontant à 1955, de la politique engagée de renforcement de la déconcentration que de l'intérêt d'une fluidité dans les déroulements de carrière entre administration centrale et services déconcentrés. (*section de l'administration)*

2.9. Encadrement du recours à la force pour le maintien ou pour le rétablissement de l'ordre public

Le Conseil d'État (section de l'administration) a examiné un projet de décret relatif à l'emploi de la force pour le maintien et le rétablissement de l'ordre public, pris sur le fondement des articles L. 1321-1 du code de la défense et 431-3 du code pénal dans leur rédaction résultant des articles 4 et 5 de la loi n° 2009-971 du 3 août 2009 et destiné à encadrer l'usage de la force y compris les armes à feu pour la dispersion des attroupements. Il a relevé avec satisfaction que, conformément à l'intention du législateur, ce projet veillait, d'une part, à définir de façon précise les conditions de recours à la force et aux armes, ce qui a conduit à élever au niveau du décret en Conseil d'État des règles de procédure ou d'emploi lesquelles, jusqu'à présent, étaient fixées par décret simple, voire par des instructions ministérielles ou interministérielles, d'autre part, à rappeler les principes d'absolue nécessité et de proportionnalité qui doivent en toutes circonstances guider l'action des forces de l'ordre.

Il a observé, s'agissant en particulier de l'usage des armes à feu, que le protocole des sommations intégrera désormais spécifiquement le cas du recours aux armes à feu alors que le protocole défini à l'article R. 431-1 du code pénal ne distinguait pas jusqu'à présent le recours à ce type d'armes et l'incluait dans le recours aux armes entendu de façon générale.

Il s'est attaché, s'agissant des armes à feu utilisables pour le maintien de l'ordre public dans le cadre de la dispersion des attroupements, à ce que la rédaction retenue distingue clairement deux régimes : d'une part, le cas général où les forces de l'ordre agissent sur ordre exprès ou réquisition spéciale où les seules armes utilisables sont les grenades à effet de souffle et leurs lanceurs ; d'autre part, les deux cas prévus à l'article 431-3 du code pénal, c'est-à-dire soit des violences ou voies de fait exercées contre les forces de l'ordre, soit lorsque ces dernières ne peuvent défendre autrement le terrain qu'elles occupent, où l'utilisation d'armes à feu de 1re ou de 4e catégorie est autorisée.

Ces précisions sont de nature à garantir, dès le stade du décret en Conseil d'État et conformément à l'intention du Gouvernement, que les seules armes à feu ainsi autorisées seront celles adaptées au maintien de l'ordre public ou spécialement conçues pour cet objet, à l'exclusion des autres armes de 1re ou de 4e catégorie en dotation prévues pour les besoins de la légitime défense ou de l'état de nécessité. [*section de l'administration*]

3. Thèmes transversaux de l'activité consultative

3.1. Actes – respect de la hiérarchie des normes

3.1.1. Principe constitutionnel de légalité et de proportionnalité des peines

Injonction de l'autorité de la concurrence – Méconnaissance – Sanctions – Principe de proportionnalité

Une disposition du projet de loi renforçant les droits et la protection des consommateurs prévoyait d'instaurer une amende administrative sanctionnant le fait de n'avoir pas déféré à l'injonction prononcée par l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation sur le fondement des dispositions du code de la consommation. Le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, a estimé que la loi ne peut prévoir l'instauration d'une telle sanction, d'une part, uniforme et sans lien avec la gravité du manquement ayant initialement motivé l'injonction et, d'autre part, aussi générale et susceptible de porter sur un ensemble très large de manquements non identifiés par le texte. Il a estimé que de telles dispositions méconnaissaient les principes applicables à la répression administrative et, en particulier, ceux de légalité et de proportionnalité des peines résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il a proposé une rédaction alternative permettant de concilier le respect de ces principes et l'objectif poursuivi par le Gouvernement. [*section des finances*].

Sanctions prévues dans le cadre de la réforme des retraites – Égalité professionnelle entre les hommes et les femmes – Méconnaissance – Sanction encourue

Les articles L. 2245-5-1 du code du travail et L. 138-29 du code de la sécurité sociale, issus de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, prévoient que le montant des pénalités qu'ils créent est fixé à 1 % au maximum des rémunérations ou gains versés aux travailleurs salariés ou assimilés au cours des périodes au titre desquelles l'entreprise n'est pas couverte par un accord ou un plan d'action respectivement relatif à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, ou à la prévention de la pénibilité. Au vu des travaux préparatoires de la loi qui traitent des modalités de calcul de la pénalité en cause et dès lors que le mécanisme de mise en demeure participe du respect des principes de légalité des délits et des peines et de proportionnalité de la sanction encourue, le Conseil d'État (section sociale) a considéré qu'il était possible au pouvoir

réglementaire de prévoir l'obligation d'une mise en demeure préalable de l'entreprise. [*section sociale*]

Services à la personne – Retrait du bénéfice des exonérations de cotisations sociales et des aides fiscales – Sanctions – Principe de nécessité et de proportionnalité des peines

Saisi d'un projet de décret relatif aux services à la personne, le Conseil d'État (section sociale) a disjoint les dispositions qui prévoyaient que la personne morale ou l'entrepreneur individuel ayant fait l'objet d'une décision de retrait du bénéfice des exonérations de cotisations sociales et des aides fiscales accordées au titre des activités de services à la personne ne pourrait faire une nouvelle déclaration en vue de bénéficier de l'ensemble de ces aides qu'après l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de la notification de la décision de retrait de l'enregistrement de la déclaration. De telles décisions peuvent intervenir si le prestataire manque aux obligations qui lui incombent ou ne répond pas aux conditions auxquelles est subordonné le bénéfice des aides qui lui sont octroyées.

Le Conseil d'État a considéré qu'une telle mesure devait s'analyser, compte tenu de son objet, de sa durée et de l'impact important des aides cumulées sur l'économie des activités de services à la personne, comme une sanction à l'encontre des prestataires. Or, le législateur n'a prévu à l'article L. 7232-8 du code du travail, dans sa rédaction issue de l'article 31 de la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010, le principe d'une telle sanction que dans le seul cas où le prestataire a méconnu une des conditions d'éligibilité aux exonérations de cotisations et aux aides fiscales.

En outre, le projet du Gouvernement rendait applicable cette sanction à tous les cas de retrait et faisait ainsi perdre le bénéfice des aides, sans ouvrir à l'autorité administrative la possibilité de traiter de façon différenciée et proportionnée, conformément au principe de nécessité des peines, les situations diverses de manquements qui peuvent se présenter et qui ne revêtent pas toutes le même degré de gravité. [*section sociale*]

3.1.2. Principe constitutionnel de nécessité des peines et des sanctions

Sanctions administratives de même nature – Mêmes personnes – Mêmes agissements – Même finalité – Interdiction de cumul

Le Conseil d'État examinant, au rapport de la section des finances, une disposition du projet de loi renforçant les droits et la protection des consommateurs conférant compétence pour édicter une sanction administrative, tout à la fois à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, pour ne pas avoir déféré à l'injonction prévue au V de l'article L. 141-1 du code de la consommation, a considéré que le principe de nécessité des peines et des sanctions ne permettait pas d'instituer des sanctions administratives distinctes de même nature, applicables aux mêmes personnes et se rapportant à des agissements identiques, lorsque ces sanctions poursuivent la même finalité. [*section des finances*]

3.1.3. Principe d'égalité

Critère fondé sur la cotation des sociétés – Absence de pertinence – Rupture du principe d'égalité

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a été saisi d'un projet de décret relatif aux obligations de transparence des entreprises en matière sociale et environnementale, qui fixe notamment la liste des informations de nature sociale et environnementale devant figurer dans le rapport de gestion des entreprises entrant dans le champ du décret. Ce texte prévoyait une liste d'informations à fournir plus ou moins étendue selon que les titres de ces sociétés étaient ou non admis aux négociations sur un marché réglementé.

Le Conseil d'État a considéré que le fait qu'une société soit cotée, ou non, n'est pas un critère pertinent au regard de l'objet de l'article L. 225-102-1 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi « Grenelle 2 ». Si les informations financières plus détaillées parfois exigées des entreprises se justifient par leur cotation sur un marché, il en va autrement des informations portant sur l'effet de l'activité d'une société en matière sociale et environnementale, lequel dépend de sa taille et de son secteur, mais non de la circonstance que les titres de la société s'échangent ou non sur un marché. Le critère retenu par le projet a, par suite, été estimé contraire au principe d'égalité. [*section de l'intérieur*]

Critères fondés sur les modalités d'acquisition d'un bien – Achats à distance – Rupture du principe d'égalité

Lors de l'examen du projet de loi renforçant les droits et la protection des consommateurs (voir *supra* 4.4. p. 233), le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, a disjoint une disposition qui avait pour objet d'interdire le recours à l'action directe en paiement prévue par le code de commerce à l'encontre du consommateur, dans le seul cas du transport de marchandises consécutif à un contrat de vente à distance. Il a en effet estimé que les consommateurs ayant effectué un achat à distance et les autres consommateurs ne se trouvaient pas dans des situations différentes au regard de l'objet de la loi et ne pouvaient par suite être traités différemment. [*section des finances*]

3.1.4. Principe de sécurité juridique

Application d'une loi nouvelle aux contrats en cours

Toujours lors de l'examen du même projet de loi, le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, a considéré que l'application d'une disposition nouvelle aux contrats en cours, présentée par le Gouvernement comme intrinsèquement nécessaire à son efficacité, ne saurait porter atteinte aux droits nés de tels contrats sans qu'il soit justifié de motifs impérieux d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la mesure et adaptés à la diversité des situations en cause ni que soient prévues des dispositions transitoires. [*section des finances*]

3.1.5. Principes constitutionnels du droit de propriété, de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté contractuelle

Clause de non-concurrence – Application aux contrats en cours – Motifs impérieux d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la mesure

Au rapport de la section des finances, le Conseil d'État, saisi du projet de loi renforçant les droits et la protection des consommateurs, n'a pas cru pouvoir donner un avis favorable au projet d'insertion d'un nouvel article interdisant toute clause de non-concurrence ou droit de priorité au bénéfice du vendeur dans les contrats « portant sur l'acquisition ou la vente de foncier commercial » que le projet du Gouvernement prévoyait d'appliquer même aux contrats antérieurement conclus. L'application de la disposition en cause aux contrats en cours, présentée par le Gouvernement comme intrinsèquement nécessaire à son efficacité, ne saurait porter si fortement atteinte aux droits nés de tels contrats sans qu'il soit justifié en l'absence de motifs impérieux d'intérêt général en rapport direct avec l'objet de la mesure et adaptés à la diversité des situations en cause, et sans que soient prévues des étapes transitoires. [*section des finances*]

3.1.6. Objectifs de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi

Imprécision de la notion de « foncier commercial »

Dans ce même article, la référence au « foncier commercial », notion originale et imprécise mêlant la propriété foncière et le type d'usage susceptible d'en être fait, est apparue juridiquement trop incertaine et ne répondant pas à l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi, de surcroît dans une matière touchant aux contrats et au droit de la propriété. [*section des finances*]

3.1.7. Domaines respectifs de la loi et du règlement

Comme il le fait chaque année, le Conseil d'État a été conduit, à l'occasion de l'examen de nombreux projets de texte, à opérer des disjonctions, aux fins d'assurer un strict respect des articles 34 et 37 de la Constitution.

Les disjonctions prononcées à ce titre sur le fondement des articles 3 et 7 de la charte de l'environnement, issu de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, sont traitées non pas dans cette rubrique du rapport d'activité, mais dans celle traitée dans la rubrique « Environnement » (voir *infra* 4.6. p. 236).

Désignation des parties à un contrat de développement territorial – Compétence législative

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret relatif aux contrats de développement territorial prévus par l'article 21 de la loi no 2010-597 du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, a disjoint l'article du projet offrant la possibilité à toute collectivité territoriale consultée pour avis préalablement à la signature d'un contrat de devenir signataire du contrat, après accord unanime des cocontractants. Le législateur a, en effet, limitativement énuméré les parties à un contrat de développement territorial. [*section des travaux publics*]

Sanctions administratives – Compétence législative

Saisi d'un projet de décret relatif à la gestion des déchets d'ameublement, le Conseil d'État (section des travaux publics) a disjoint les articles du projet qui avaient pour objet de sanctionner par une amende l'obligation mise à la charge de tout distributeur d'informer les consommateurs des possibilités et des modalités de collecte des déchets d'ameublement. Il résulte en effet de la jurisprudence du Conseil d'État statuant au contentieux (CE, Sec., 18 juillet 2008, *Fédération de l'hospitalisation privée*) que, lorsque la définition des obligations auxquelles est soumise une activité relève du législateur, il n'appartient qu'à la loi de déterminer les sanctions administratives et les éléments constitutifs de l'infraction. En l'espèce, l'obligation d'information mise à la charge de tout distributeur, créant une obligation commerciale, il appartenait au législateur de déterminer lui-même les éléments constitutifs de cette infraction et les sanctions encourues. Les articles du code de l'environnement qui ont renvoyé à un décret en Conseil d'État le soin de préciser les conditions d'application de ces deux articles ne fournissent pas une base légale au décret permettant au pouvoir réglementaire de surmonter l'incompétence négative dont sont entachés ces articles sur ce point. [*section des travaux publics*]

Pouvoir de vérification auprès d'une personne de droit privé conféré à la Cour des comptes – Compétence législative

Saisi d'un projet de décret pris pour l'application d'une disposition organique du code des juridictions financières et d'un article de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 conférant à la Cour des comptes compétence pour effectuer des vérifications auprès des organismes et régimes nationaux de sécurité sociale et assimilés autres que les organismes et branches du régime général dont la Cour est chargée de certifier les comptes, le Conseil d'État (section des finances) n'a pu que l'écarter. En effet, il a considéré que, même circonscrit aux opérations qu'effectuent les organismes et régimes en cause pour le compte du régime général de sécurité sociale, et pour utile qu'il soit dans l'exercice par la Cour des comptes de sa mission de certification des comptes sociaux, un tel pouvoir de vérification auprès de personnes de droit privé relève du domaine de la loi. Ces observations valent également pour une disposition du même projet de décret mettant à la charge des commissaires aux comptes, personnes de droit privé, une obligation d'information au profit de la Cour des comptes. [*section des finances*]

Instauration d'une journée d'hommage national et qualification de jour férié – Compétence législative

Le Conseil d'État, au rapport de la section de l'administration, a estimé que relevaient bien du domaine législatif les dispositions du projet de loi visant à faire du 11 novembre, outre le jour anniversaire de la victoire et de la paix qu'il est déjà, une journée d'hommage à tous les morts pour la France. Certes, par principe, le pouvoir réglementaire est compétent en matière d'hommages publics. Mais cette compétence redevient législative lorsqu'il est conféré à la commémoration que l'on entend célébrer une portée qui va au-delà du seul hommage public, ainsi que lorsque l'hommage est assorti de conséquences produisant leurs effets dans un domaine ressortissant de la compétence du législateur. Tel est le cas de la qualification de jour férié. Le Conseil d'État a estimé que cette compétence du législateur pour définir le contenu des journées commémoratives qu'il entend ériger en fêtes légales s'étendait également aux cas où il s'agit, comme en l'espèce, d'ajouter à une journée d'hommages déjà définis et érigée en jour férié des hommages complémentaires. C'est donc bien au législateur qu'il appartient de prévoir que le 11 novembre, jour anniversaire de l'armistice, date à laquelle la loi du 24 octobre 1922 a prévu que serait célébrée la commémoration de la victoire et de la paix et qu'elle a déclaré jour férié, serait également rendu hommage à tous les morts pour la France. [*section de l'administration*]

Détermination d'assiette d'un prélèvement – Compétence réglementaire

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a admis la possibilité pour le Gouvernement de compléter, en dépit du caractère précis des dispositions de la loi, l'article L. 423-14 du code de la construction et de l'habitation qui définit le potentiel financier des organismes d'habitations à loyer modéré ainsi que l'assiette du prélèvement sur ce potentiel financier. Le projet de décret exclut de cette assiette les emprunts liés à la réalisation de logements en prêt social location accession (PSLA). La section des travaux publics a considéré que, dès lors qu'il n'a pour objet que d'exclure les emprunts liés à la réalisation d'opération de PSLA pour la seule durée de l'emprunt pendant laquelle le logement demeure dans le patrimoine de l'organisme, le projet de décret se limitait à n'apporter qu'une précision conforme à l'objectif poursuivi par le législateur. [*section des travaux publics*]

Modalités de recouvrement de certaines créances de l'État – Compétence réglementaire

À l'occasion de la proposition de loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives présentée par Jean-Luc Warsmann, président de la commission de loi à l'Assemblée nationale (voir *supra* 1.2. p 135), le Conseil d'État, au rapport de la section des travaux publics, a rappelé que la fixation du délai imparti aux autorités administratives pour assortir de prescriptions spéciales les autorisations prises au titre de la police de l'eau relève du pouvoir réglementaire et qu'est également de nature réglementaire la fixation des règles relatives aux modalités de recouvrement, dont font partie les délais de paiement, des créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine. [*section des travaux publics*]

Sanctions administratives – Compétence réglementaire

Saisi d'un projet de décret portant diverses dispositions relatives à la participation des employeurs à l'effort de construction pris en application de l'article L. 313-36 du code de la construction et de l'habitation, le Conseil d'État (section des travaux publics) s'est prononcé sur la légalité de la création, par voie réglementaire, d'un pouvoir de sanction conféré au ministre à l'encontre des organismes collecteurs de la participation de l'État à l'effort de construction (PEEC). Il a considéré que le pouvoir réglementaire était incompétent dans une matière dans laquelle la loi était intervenue. En revanche, il est compétent, en l'absence de loi, pour créer, au titre du pouvoir réglementaire autonome, un régime de sanction, dès lors que ce dernier se rattache à une matière dans laquelle le ministre peut édicter des normes techniques. [*section des travaux publics*]

3.1.8. Ordonnances de l'article 38 de la Constitution

Dispositions de projets d'ordonnance entrant dans le champ de l'article d'habilitation

■ Saisi du projet d'ordonnance relatif à la partie législative du code forestier le Conseil d'État, au rapport de la section des travaux publics, a constaté que l'habilitation donnée au Gouvernement par l'article 69 de la loi du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche l'autorisait en son 2°, à « *prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour procéder à la refonte de la partie législative du code forestier […] en assurant l'harmonisation, la clarification, la modernisation et, le cas échéant, la simplification des dispositions […] relatives aux agents compétents pour procéder aux contrôles administratifs ou rechercher et constater des infractions, aux pouvoirs qui leur sont conférés et aux règles de procédure qu'ils doivent suivre, y compris en modifiant la liste de ces agents et l'étendue de leurs pouvoirs, et en réformant, supprimant ou, le cas échéant, instaurant les sanctions pénales ou administratives encourues […]* ». Il a considéré qu'une telle habilitation permettait de réformer les conditions d'exercice de l'action publique et de l'action indemnitaire pour réduire et mieux encadrer les pouvoirs que détient en la matière l'administration chargée des forêts et de se rapprocher du droit commun. En effet, bien que non expressément mentionnée dans l'article précité, cette faculté résulte de la possibilité donnée par le 1° du même article d'habilitation d'apporter les modifications nécessaires pour « *harmoniser l'état du droit* » et de la circonstance que les agents exerçant les fonctions du ministère public sont ceux chargés de constater les infractions dont il s'agit de modifier, le cas échéant, la liste et l'étendue des pouvoirs. Or, la modification de la liste et l'étendue de leurs pouvoirs peuvent être regardées comme participant à l'harmonisation de l'état du droit. [*section des travaux publics*]

■ Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet d'ordonnance portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines du transport et de la sécurité maritimes. Lors de son examen, il a relevé que le projet du Gouvernement comportait plusieurs dispositions pénales ayant pour objet de renforcer la sévérité des peines réprimant les infractions à certaines règles destinées à assurer la sécurité des navires ou de

la navigation maritime, ainsi que des dispositions de procédure pénale tendant pour l'essentiel à étendre la liste des corps de fonctionnaires de l'État habilités à constater ces infractions.

L'article d'habilitation (2° du I de l'article 16 de la loi nº 2011-12 du 5 janvier 2011) pouvait prêter à ambiguïté. En effet, il autorisait le Gouvernement à prendre « *les dispositions législatives nécessaires à l'établissement d'un système de sanctions pénales et administratives efficaces, proportionnées et dissuasives, notamment en ce qui concerne la sécurité des navires et de la navigation maritime* » et il précisait qu'il s'agissait des mesures d'adaptation « liées » aux transpositions des directives 2009/15 à 2009/19. Afin de conserver une portée utile à cet article d'habilitation, et même si les dispositions de l'ordonnance n'avaient que peu de rapport avec l'objet des directives transposées et, par suite, pas de « lien » avec l'objet des directives, le Conseil d'État a néanmoins admis que cette série de dispositions pénales trouvaient bien une base légale dans cet article d'habilitation. [*section des travaux publics*]

Dispositions de projets d'ordonnance n'entrant pas dans le champ de l'article d'habilitation

■ Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet d'ordonnance modifiant les livres Ier et V du code de l'environnement et le code de la défense, pour y codifier les dispositions des lois du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire et du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs qui n'avaient pas été codifiées dans le code de l'énergie. Il a relevé que le projet du Gouvernement comportait des dispositions modifiant, outre le code de l'environnement, le code de la défense pour y codifier des dispositions de la loi du 13 juin 2006 ayant pour objet de déterminer le régime auquel sont soumises les installations et les activités nucléaires relevant de la défense. Il a considéré qu'un tel projet ne respectait pas le champ de l'habilitation donnée par le 5° de l'article 256 de la loi « Grenelle 2 » qui autorise le Gouvernement à introduire au seul code de l'environnement « les textes non codifiés » qui pourraient y trouver leur place. [*section des travaux publics*]

■ Saisi d'un projet d'ordonnance portant diverses mesures de simplification et d'harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du code de l'environnement, le Conseil d'État (section des travaux publics) a attiré l'attention du Gouvernement sur la nécessité de mener, préalablement au dépôt d'un projet de loi d'habilitation, une réflexion approfondie sur les objectifs recherchés afin que les termes de la loi d'habilitation soient suffisamment clairs et complets. En effet, il a considéré que si l'habilitation, s'agissant de l'harmonisation, de la réforme et de la simplification des procédures judiciaires et des sanctions pénales du code de l'environnement, ne comporte pas les mêmes restrictions, le projet d'ordonnance ne peut, sans introduire un fort manque de cohérence dans le code, retenir un champ d'application temporellement différent, selon qu'il traite des contrôles et sanctions administratives, ou des opérations de police judiciaire et des sanctions pénales, alors surtout que le Gouvernement a choisi d'instituer un corps commun de sanctions pénales pour les infractions aux mesures et prescriptions prises par les autorités administratives de contrôle. Dès lors, le Conseil d'État a disjoint l'ensemble du projet d'ordonnance. [*section des travaux publics*]

3.1.9. Répartition des compétences au sein du pouvoir réglementaire

Nature du décret pour la création d'une commission à caractère consultatif

À l'occasion de l'examen du projet de décret relatif au Conseil national de protection de la nature (CNPN), le Conseil d'État (section des travaux publics) a admis qu'en l'espèce il devait être fait exception à la règle générale selon laquelle la création ou le renouvellement d'une commission à caractère consultatif se fait par décret simple dès lors que le renouvellement est accompagné de modifications des dispositions relatives aux missions, à la composition et au fonctionnement du CNPN. La section a tout d'abord déduit des dispositions du décret du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif qu'un décret simple suffit pour créer une commission soit conformément à l'ensemble des dispositions de ce décret, soit en y dérogeant sur les points sur lesquels ce décret a prévu cette possibilité. Elle a ensuite considéré qu'un décret en Conseil d'État était nécessaire pour déroger aux règles de fonctionnement lorsque le décret du 8 juin 2006 n'a pas prévu cette possibilité. Enfin, elle a estimé que seul un décret en Conseil d'État et en Conseil des ministres permet, outre de modifier le champ d'application défini par l'article 1er du décret du 8 juin 2006, de déroger à son article 2, en ce qu'il prévoit que les commissions sont créées pour 5 ans au plus, ainsi qu'à son article 15, en ce qu'il dispose que l'avis d'une commission qui doit être obligatoirement consultée est réputé rendu en l'absence d'avis exprès émis par elle dans un délai de cinq semaines à compter de la saisine. [*section des travaux publics*].

Décret se bornant à renvoyer à une autorité de régulation – Incompétence négative

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été amené à rejeter, pour incompétence négative, le projet de décret pris pour l'application de l'article L. 2-2 du code des postes et des communications électroniques relatif aux méthodes d'évaluation, de compensation et de partage des coûts nets liés aux obligations de service universel. En effet, comme le prévoit la disposition législative précitée, le décret d'application doit déterminer les méthodes d'évaluation, de compensation et de partage des coûts nets liés aux obligations de service universel. Or, le projet de décret examiné se limite à reproduire les orientations fixées par la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997, sans préciser de manière suffisante, les éléments à prendre en compte pour la détermination du coût des prestations du service universel assumé par la poste, et délègue à l'Autorité de régulation des communications téléphoniques et des postes (ARCEP) la compétence pour préciser ces coûts et recettes. [*section des travaux publics*]

3.1.10. Rétroactivité

Devoir du pouvoir réglementaire de ne pas faire produire à la loi un effet rétroactif non voulu par le législateur

Dès lors que le législateur n'a pas entendu conférer un caractère rétroactif aux dispositions qu'il édicte et que, eu égard à leur date d'adoption, celles-ci n'auraient pas été rétroactives si le décret d'application avait été pris en temps utile, ce décret d'application peut et doit éviter la rétroactivité qui résulterait de son intervention tardive et de la reprise littérale des dispositions de la loi prévoyant son entrée en vigueur. Dès lors, pour éviter toute rétroactivité de l'article 225 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, le projet de décret d'application, qui met à la charge des grandes entreprises de nouvelles obligations en vue de rendre compte des répercussions sociales et environnementales de leur activité, a été rédigé par le Conseil d'État (section de l'intérieur) d'une façon telle que tout rétroactivité soit exclue. [*section de l'intérieur*]

3.1.11. Constitutionnalité et conventionnalité des actes de validation d'actes administratifs

Absence de remise en cause d'une décision de justice passée en force de chose jugée – Intérêt général constitutionnellement protégé – Propriété intellectuelle – Rémunération pour copie privée – Admission

Le 17 juin 2011, par une décision *Canal + Distribution et autres*, le Conseil d'État, statuant au contentieux, faisant suite à l'arrêt *Padawan* du 21 octobre 2010 de la CJUE, a annulé une décision du 17 décembre 2008 de la commission chargée de statuer sur les différends relatifs à la rémunération pour copie privée (article L. 311-5 du code de la propriété intellectuelle), au motif qu'elle n'avait pas exclu du champ de cette rémunération pour copie privée les supports, acquis notamment à des fins professionnelles, dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer qu'il puisse être fait un usage de ces matériels en vue de copies privées. (Voir *supra*, p. XX)

Le projet de loi relatif à la rémunération pour copie privée valide, tout en les complétant, et jusqu'à l'intervention d'une nouvelle décision de la commission concernée, les règles énoncées par celle-ci dans sa décision du 17 décembre 2008. Pour le passé, le projet de loi valide les rémunérations perçues sur le fondement de la décision annulée, en tant qu'elles seraient contestées, en invoquant l'annulation de cette décision ou le motif ayant entraîné cette annulation, par des personnes autres que celles ayant acquis ces supports pour des utilisations ne permettant pas de présumer un usage à des fins de copie privée.

Le Conseil d'État, au rapport de la section de l'intérieur, a considéré que ces dispositions législatives étaient conformes aux exigences constitutionnelles et conventionnelles relatives à la validation des actes administratifs dès lors que :
– pour l'avenir, les règles dont l'application est provisoirement rétablie sont complétées par des dispositions les purgeant du vice ayant entraîné leur annulation ;
– pour le passé, la portée de la validation est limitée à l'effacement de ce seul vice et ne prive pas les personnes assujetties à tort (personnes utilisant les supports d'enregistrement à des fins autres que de copie privée) de leur droit à remboursement ;
– la validation ne remet en cause aucune décision de justice passée en force de chose jugée ;
– elle est inspirée non par la défense des intérêts pécuniaires de l'État, partie au procès ayant conduit à l'annulation, mais par le souci de prévenir à la fois un trouble administratif, un effet d'aubaine et un désordre préjudiciable à des intérêts généraux constitutionnellement protégés, à savoir, le respect du droit de propriété intellectuelle.
[*section de l'intérieur*]

3.1.12. Principe de libre administration des collectivités territoriales

Liberté contractuelle et libre administration des collectivités territoriales

Porte atteinte à la libre administration des collectivités territoriales et à l'économie générale de conventions légalement conclues un projet de décret prévoyant que les conventions de coordination en cours entre la police municipale et les forces de sécurité de l'État cesseraient de produire leurs effets à l'issue d'un délai de cinq ans à compter de leur signature ou, pour celles qui ont fait l'objet d'un renouvellement tacite, à l'issue d'un délai d'un an à compter de leur dernier renouvellement. L'objectif poursuivi par le Gouvernement d'une mise en place rapide de la nouvelle convention-type communale de coordination peut être atteint, sans méconnaître la liberté contractuelle, par la dénonciation des conventions en cours dans les conditions, notamment de préavis, qu'elles prévoient elles-mêmes. [*section de l'intérieur*]

Tutelle d'une collectivité territoriale sur une autre – Interdiction

À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif au plan d'aménagement et de développement durable de la Corse, le Conseil d'État, au rapport de la section des travaux publics, a rappelé qu'il incombe à l'État, et non à la collectivité territoriale de Corse, de déterminer les règles applicables à la cartographie générale du plan d'aménagement en question et, en particulier, le degré de précision de la carte correspondante. En effet, il y a lieu d'assurer le respect des principes posés par l'article 72 de la Constitution selon lesquels, d'une part, les collectivités territoriales s'administrent librement dans les conditions prévues par la loi, ce qui implique de ne pas méconnaître leurs compétences respectives et, d'autre part, qu'aucune collectivité territoriale ne peut exercer de tutelle sur une autre. Dès lors, il est nécessaire de garantir qu'il ne soit pas porté atteinte aux compétences que détiennent ces collectivités pour l'aménagement de leur territoire par une cartographie trop précise des zones auxquelles le plan confère une vocation et sur lesquelles il comporte des dispositions de portée normative. En application des dispositions de l'article 34 de la Constitution, il revient au décret en Conseil d'État de fixer l'échelle maximale et les règles que doit respecter cette cartographie. [*section des travaux publics*]

3.1.13. Respect des situations légalement acquises

Exigences constitutionnelles de garantie de droits et d'égalité devant les charges publiques – Conciliation – Télévision numérique terrestre

Afin de hâter la transition vers la télévision numérique terrestre (TNT), la loi du 5 mars 2007 relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur a remis en cause les autorisations de diffusion en mode analogique accordées à trois « chaînes historiques » (TF1, M6 et Canal +). Pour réparer l'atteinte ainsi portée à la situation légalement acquise par ces opérateurs, l'article 103 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dans sa rédaction issue de la loi de 2007, prévoit qu'ils se verront octroyer un droit à diffusion d'un nouveau service hors appel aux candidatures (« canaux compensatoires »). En parallèle, le législateur a exclu, à l'article 104 de la loi du 30 septembre 1986, tout droit à réparation.

La Commission européenne a mis en demeure la France de renoncer aux canaux compensatoires, qu'elle estime incompatibles avec les directives européennes formant le cadre juridique, dit « Paquet Télécom », régissant les réseaux et services de communications électroniques. Le projet du Gouvernement abroge l'article 103 de la loi du 30 septembre 1986, mais se contente de limiter la portée de l'article 104.

Les chapitres I^er^ et 2 du titre V3 de la loi de 1986 regroupent les dispositions législatives prises depuis une douzaine d'années en faveur de la modernisation de la diffusion audiovisuelle et, plus particulièrement, en faveur de la TNT. Le chapitre 2 contient les dispositions relatives à la cessation anticipée de la diffusion analogique. Le chapitre 1^er^ contient également des dispositions relatives à la transition entre diffusion analogique et diffusion numérique. Les deux chapitres comportent, pour les opérateurs, des sujétions, des compensations et des incitations.

Au regard des exigences constitutionnelles de garantie des droits et d'égalité devant les charges publiques, comme du point de vue de la mise en œuvre cohérente de la responsabilité du fait des lois, le Conseil d'État, au rapport de la section de l'intérieur, a considéré qu'il y avait lieu d'abroger l'article 104 en totalité. En effet, si les dispositions du chapitre 1^er^ du titre V3 de la loi de 1986 n'ont pas causé de préjudice grave et spécial, compte tenu notamment des compensations prévues (prorogation des autorisations numériques, chaînes supplémentaires déjà attribuées hors appel aux candidatures en 2000), il est inutile d'écarter toute réparation du chef de ces dispositions. À l'inverse, si ces dispositions ont provoqué un préjudice grave et spécial, il serait contraire au principe d'égalité devant les charges publiques d'en exclure la réparation.

S'il est loisible au législateur de mettre à contribution une catégorie de personnes dans l'intérêt général ou au titre de la solidarité nationale, c'est à la double condition que la charge qu'il fait ainsi peser ne soit ni arbitraire, ni disproportionnée. [*section de l'intérieur*]

3.1.14. Délais et procédures devant le Défenseur des droits

Fixation par voie réglementaire de délais de procédures uniformes – Incompétence

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a examiné quatre décrets relatifs à l'organisation et au fonctionnement des services du défenseur des droits, à la procédure suivie devant lui, ainsi qu'à sa place dans les cérémonies officielles. Relevant que la loi organique du 29 mars 2011 confie au défenseur des droits la fixation des délais dont doivent disposer les personnes par lui mises en cause, il a disjoint du décret relatif aux règles de procédure les dispositions déterminant des délais uniformes dont les personnes mises en cause par le défenseur des droits doivent disposer, notamment pour répondre à ses mises en demeure. Compte tenu, d'une part, de la diversité des situations concrètes qui ont vocation à être instruites par cette autorité indépendante, dont l'existence a été voulue par le pouvoir constituant, d'autre part, de ce que cette autorité devra exercer elle-même ses pouvoirs dans le respect des exigences constitutionnelles en matière de garantie des droits et libertés publiques, il lui est apparu que la fixation par voie réglementaire de délais de procédure uniformes serait inappropriée et méconnaîtrait l'étendue des pouvoirs que le législateur organique a entendu lui confier. C'est au défenseur des droits lui-même qu'il appartient de fixer de tels délais. [*section de l'intérieur*]

3.2. Codification

L'année 2011 a été à nouveau marquée, au rapport de la section des travaux publics, par une activité de codification soutenue avec l'examen de l'ordonnance de codification du code minier et de la nouvelle ordonnance du code des transports. Mais la section a surtout été mobilisée par l'élaboration de la partie législative du code de l'énergie, celle du code de l'environnement consacrée à l'énergie nucléaire ainsi que par la refonte du code forestier.

3.2.1. Une amélioration du code des transports

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un nouveau projet d'ordonnance relatif au code des transports par lequel le Gouvernement entend, sur le fondement de la même habilitation et dans son délai, corriger notamment diverses erreurs de codification contenues dans l'ordonnance précédente n° 2010-1307 du 28 octobre 2010. Il a eu à préciser la notion de codification à droit constant. En effet, d'une part, il appartient au pouvoir réglementaire de retirer des dispositions illégales à caractère réglementaire qui ont été contestées

dans le délai du recours et, d'autre part, pour autant que l'habilitation l'ait prévu ou qu'elle l'implique implicitement mais nécessairement, une ordonnance peut comporter des dispositions à caractère rétroactif sous réserve de respecter les exigences constitutionnelles et conventionnelles. Il résulte des termes de la loi d'habilitation que la codification doit assurer le respect de la hiérarchie des normes, la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet. Pour assurer la mise en conformité du code des transports avec ces exigences et contribuer ainsi à l'intelligibilité et à l'accessibilité de la loi, les dispositions doivent prendre effet à la date d'entrée en vigueur de la première ordonnance, soit celle du 28 octobre 2010. Cette exigence vaut pour les seules dispositions ayant pour objet de rétablir le droit constant sans atteinte aux droits des tiers et à l'exception de celles qui touchent la matière pénale ainsi que des dispositions relatives à des sanctions administratives plus sévères en vertu du principe de non-rétroactivité des dispositions répressives plus sévères. [*section des travaux publics*].

3.2.2. Un nouveau code de l'énergie

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet d'ordonnance portant codification de la partie législative du code de l'énergie. Il a rappelé que le fait de ne pas abroger, dans une ordonnance de codification, des dispositions dont la substance serait complètement reprise dans le texte du code qui lui est annexé constituerait une atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la règle de droit qui est à l'origine même de la codification. À la lumière de cet objectif, le Conseil d'État, au rapport de la section des travaux publics, a estimé indispensable d'abroger non seulement les articles 2 et 3 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, mais aussi son article 1er, les dispositions de cet article prévoyant la nationalisation des activités ayant produit tous leurs effets et les autres dispositions de cet article organisant la disparition partielle du monopole national alors conféré aux deux opérateurs historiques étant codifiées sans perte de substance juridique.

En outre, la codification, même opérée à droit constant, ne peut conduire à retenir les dispositions qui ne respectent pas la hiérarchie des normes, notamment des dispositions qui seraient contraires au droit de l'Union européenne. Le Conseil d'État a considéré que méconnaissent l'obligation de séparation juridique et d'indépendance fonctionnelle entre les activités de distribution et de transport et les activités de production et de fourniture exercées par ces entreprises les dispositions imposant que la conclusion de contrats, avec les entreprises « Électricité de France » et « GDF Suez » qui sont verticalement intégrées, soit soumise aux conseils d'administration de ces deux sociétés. Cette obligation de séparation est encore renforcée par les prescriptions des directives 2009/72 et 2009/73 du 13 juillet 2009 transposées dans le projet de partie législative du code. Enfin, s'agissant en particulier de la distribution, ces contrats ne peuvent méconnaître les compétences des collectivités territoriales, autorités organisatrices de la distribution publique d'électricité et de gaz.

Cet exercice de codification de la partie législative du code de l'énergie a nécessité un travail d'actualisation délicat eu égard à l'ampleur dans le temps caractérisant le *corpus* normatif à codifier. Il englobait à la fois des dispositions de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie et de la loi du 16 octobre 1919 relative à l'utilisation de l'énergie hydraulique, jusqu'à celles de la loi no 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

De surcroît, le Gouvernement disposant, en vertu de la loi du 5 janvier 2011 portant diverses dispositions d'adaptation de la réglementation au droit de l'Union européenne, d'une habilitation en ce sens, l'exercice de codification a été rendu encore plus complexe en raison de la nécessité de procéder à un exercice de transposition directe du fait de la codification de plusieurs directives européennes. [*section des travaux publics*]

3.2.3. Une nouvelle partie de code de l'environnement consacrée à l'énergie nucléaire – Responsabilité civile

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet d'ordonnance ayant pour objet de modifier les livres Ier et V du code de l'environnement et le code de la défense, pour y codifier les dispositions des lois du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire et du 28 juin 2006 de programme relative à la gestion durable des matières et déchets radioactifs qui n'avaient pas été codifiées dans le code de l'énergie. Prenant en compte le mode d'entrée en vigueur propre aux conventions internationales dont la date ne peut par définition être connue à l'avance et l'objet particulier de la loi du 30 octobre 1968 susmentionnée, le Conseil d'État a admis que soient codifiées non seulement les dispositions de cette loi prévoyant le régime de responsabilité civile élaboré par la France pour l'application de la Convention signée à Paris le 29 juillet 1960 toujours en vigueur, mais aussi le régime futur prévu par la même loi du 30 octobre 1968, modifiée par la loi du 13 juin 2006 par anticipation de la modification de cette convention, alors même que ce régime n'est pas applicable tant que le protocole modifiant la convention n'a pas été approuvé ou ratifié par un nombre suffisant d'États. [*section des travaux publics*]

3.3. Commande publique

3.3.1. Règles générales du droit de la commande publique

Marché global de conception – Réalisation – Exploitation – Maintenance d'un établissement pénitentiaire – Conditions de passation

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi de programmation relatif à l'exécution des peines. Il a été procédé à son examen par trois sections réunies : la section de l'intérieur, la section sociale et la section de l'administration. Ce projet comportait notamment des dispositions ayant pour objet de permettre la passation d'un contrat global par lequel le titulaire du marché est chargé de la conception-réalisation-exploitation et de la maintenance de l'établissement pénitentiaire.

Le Conseil d'État a formulé un avis favorable à ces dispositions sous deux réserves. En premier lieu, il a relevé, d'une part, que le Conseil constitutionnel a précisé dans sa décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 relative à la loi d'orientation et de programmation pour la justice que les fonctions de direction, de greffe et de surveillance sont des tâches inhérentes à l'exercice par l'État de ses missions de souveraineté. Par suite, les dispositions projetées portant sur l'exploitation et la maintenance d'établissements pénitentiaires doivent expressément exclure ces fonctions. D'autre part, le Conseil a observé que si la possibilité ouverte par le projet du Gouvernement ne méconnaît, dans les limites indiquées ci-dessus, aucun principe constitutionnel relatif à la commande publique, les exigences constitutionnelles propres notamment à la continuité du service public pénitentiaire commandent, premièrement, que l'administration se dote, notamment par le moyen des stipulations du marché, des dispositifs et des garanties permettant d'assurer le contrôle effectif du chef d'établissement pénitentiaire, dans les conditions prévues par la loi du 24 novembre 2009 et, deuxièmement, qu'elle dispose des moyens humains et matériels lui permettant de se substituer, en cas de nécessité, à un cocontractant défaillant.

En second lieu, le Conseil d'État a considéré qu'en application des dispositions de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, la procédure de dialogue compétitif régie par les articles 36 et 67 du code des marchés publics est réservée à des marchés complexes. Par suite, les dispositions du projet de loi ne sauraient avoir pour effet d'autoriser le recours à cette procédure pour l'ensemble des marchés relevant du premier alinéa de l'article 2 de la loi du 22 juin 1987 et portant sur la conception, la construction et l'aménagement d'établissements pénitentiaires. [*sections de l'intérieur, sociale et de l'administration*]

3.3.2. Contrats de partenariat

Financement d'un contrat de partenariat – Recours à un établissement public

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret modifiant le décret du 26 novembre 2004 relatif à l'Agence de financement des infrastructures de transport de France (AFITF), a admis que cette agence pouvait être chargée de concourir au financement du contrat de partenariat prévu par l'article 153 de la loi de finances pour 2009 dans les limites des engagements financiers souscrits par l'État dans le cadre de ce contrat. Il a en effet considéré que l'article 1er de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat ne fait pas obstacle à ce que l'État recoure au concours financier de l'établissement public pour faire face aux engagements financiers qu'il a souscrits à l'égard du cocontractant. Il a relevé que ce dernier avait accepté cette substitution et que l'objet du contrat de partenariat, consistant à installer et à exploiter un dispositif technique pour le recouvrement des taxes sur les véhicules de transports de marchandises qui constituent une part importante des ressources de l'établissement public, ne paraissait pas étranger aux règles constitutives de la catégorie d'établissements publics dont relève l'AFITF et qui ont été définies par l'article 3 de la loi n° 2002-3 du 3 janvier 2002 créant l'agence. [*section des travaux publics*]

Financement d'un contrat de partenariat – Absence d'aide d'État

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi du projet de contrat de partenariat entre Réseau ferré de France (RFF) et la société Eiffage Rail Express pour la conception, la construction, le fonctionnement, l'entretien, la maintenance, le renouvellement et le financement d'un tronçon de la ligne à grande vitesse Bretagne-Pays-de-Loire. Ce contrat de partenariat est, par son montant, le plus important signé à ce jour et il est le premier qui confie la maintenance de l'infrastructure à un opérateur autre que la SNCF.

Le Conseil d'État a vérifié le respect des règles de passation des contrats de partenariat ainsi que le contenu du projet de contrat au regard des dispositions de l'ordonnance de 2004, notamment quant à la durée du contrat et à la nature des concours publics. Pour ces derniers, il a écarté la qualification d'aides d'État en considérant que l'octroi de ressources publiques n'était pas de nature à affecter le commerce entre États membres dès lors que le titulaire du contrat n'avait pas vocation à exploiter l'infrastructure à des fins commerciales. [*section des travaux publics*]

3.3.3. Concessions

Contrat de concession de travaux – Concession autoroutière – Avenant à la concession – Tarif de péage – Durée de la concession

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi par la ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement, d'une demande d'avis relative aux conditions et aux modalités selon lesquelles il est possible d'étendre, par voie d'avenant, la réalisation de travaux supplémentaires, dans le cadre de deux concessions autoroutières [*section des travaux publics,* avis n° 385.183, 21 juin 2011, voir *infra* page 302]

Durée de concession et nature des investissements

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret approuvant la convention et le cahier des charges de la concession par l'État à Électricité de France SA, de l'exploitation des chutes d'Eguzon (Indre) et de la Roche-au-Moine (Creuse), a considéré que l'article 40 de la loi du 29 janvier 1993, qui prévoit que les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée, est applicable à tout renouvellement de concession postérieur à l'entrée en vigueur de cette loi. Il a estimé que cet article établissait un lien entre la durée de toute concession et les prestations demandées, notamment sur le montant des investissements à réaliser. Si l'on peut admettre des durées de concession de l'ordre d'une quarantaine d'années lorsqu'il s'agit de construire une infrastructure nouvelle supposant des investissements importants, il en va différemment dans le cas d'un simple renouvellement de concession à l'occasion duquel peu d'investissements sont prévus. L'échéance de la concession a donc été ramenée de 2053 à 2032. Le Gouvernement, s'il l'estime souhaitable, pourra renouveler ces deux concessions, mais après mise en concurrence conformément aux exigences européennes applicables à compter de 2012. [*section des travaux publics*]

Concession et mode d'indexation des tarifs de péage d'autoroute

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret approuvant l'avenant n° 16 à la convention de concession autoroutière passée entre l'État et la société Cofiroute, a estimé que dans l'hypothèse où la compensation des retards de travaux du concessionnaire qui prennent la forme d'investissements supplémentaires dans le cadre du contrat de plan suivant ne pourrait être mise en œuvre en l'absence d'un nouveau contrat, il appartiendrait à l'arrêté interministériel prévu pour fixer l'évolution annuelle des tarifs de péage de tenir compte de cette situation pénalisante pour les usagers de l'autoroute. Pour déterminer les évolutions tarifaires dans le cadre du contrat de plan en cours et pour la période courant jusqu'au terme de la concession, l'avenant n° 16 retient comme indice d'actualisation l'indice des prix à la consommation hors tabac. Si le choix de ce mode d'indexation paraît contraire aux dispositions de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier, lesquels prohibent une indexation fondée sur le prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'activité de l'une des parties, la section des travaux publics a toutefois considéré, d'une part, que l'équilibre économique et financier de la concession signée en 1970 et venant à échéance en 2031 a été calculé sur la base des évolutions de recettes évaluées en recourant à cet indice, à l'instar de toutes les autres concessions autoroutières et, d'autre part, que l'adoption d'un autre indice réclame non seulement des études approfondies pour évaluer son incidence sur l'économie de ces concessions, mais aussi des négociations délicates avec les titulaires des concessions en cours. [*section des travaux publics*]

3.3.4. Promotion des « circuits courts » dans les marchés publics

Exigence par le pouvoir adjudicateur d'un critère de performance

Le Conseil d'État (section de l'administration) a été saisi d'un projet de décret relatif à la commande publique, ayant pour objet de favoriser, tout spécialement dans le secteur de la restauration collective, ce qui a été qualifié de « circuit court ». Il s'agit de limiter le nombre de transactions précédant la livraison au pouvoir adjudicateur, aux fins de permettre une meilleure valorisation des produits de l'agriculture. Le projet soumis au Conseil d'État entendait favoriser cet objectif en permettant aux pouvoirs adjudicateurs de prévoir, pour l'exécution du marché, une condition spécifique relative aux « *performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture* ». La question de droit posée par ce texte était celle de l'adéquation des moyens mis en œuvre aux fins d'atteindre cet objectif des principes de concurrence, en particulier des exigences de la directive marchés publics 2004/18. Pour que puisse être instaurée légalement une telle condition de performance dans l'exécution du marché, encore fallait-il que la disposition envisagée soit bien regardée comme une condition d'exécution du marché et qu'elle n'ait pas d'effets discriminatoires entre les fournisseurs. Le Conseil d'État a suggéré une solution consistant à inclure le critère des « *performances en matière de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture* » parmi les critères du choix du cocontractant et non pas de le prendre en compte au niveau des conditions d'exécution du marché. Cette façon de faire a été regardée comme entrant sans difficulté dans la liste indicative des critères pouvant être retenus en pleine conformité avec la directive, au même titre que la performance en matière de protection de l'environnement ou de l'insertion professionnelle et comme comportant l'avantage de permettre aux candidats de présenter sous leur propre responsabilité les initiatives prises en faveur des « circuits courts ». [*section de l'administration*]

3.3.5. Marchés de défense et de sécurité

Marchés d'équipements de défense et de sécurité – Régime législatif – Encadrement des dérogations réglementaires

Le Conseil d'État (section de l'administration) a été saisi d'un projet de décret relatif aux marchés de défense et de sécurité et ayant pour objet de parachever, en complément de la loi du 22 juin 2011 relative au contrôle des importations et des exportations de matériels de guerre, la transposition de la directive 2009/81/CE du 13 juillet 2009 ayant pour objet de promouvoir un marché européen des équipements de défense. Le décret procède par l'incorporation de cette réglementation des marchés de défense et de sécurité dans le code des marchés sous forme d'une troisième partie introduite dans ce code, et non par une réglementation à part comme c'était le cas jusqu'à maintenant au travers d'un décret du 7 janvier 2004. La difficulté rencontrée tenait à ce que, si ce dernier décret couvrait la totalité des marchés de défense et de sécurité, les dispositions introduites dans le code des marchés reprenaient logiquement le champ de la directive et

excluaient les marchés relevant de l'article 346 du TFUE relatif à ces marchés, c'est-à-dire les marchés d'armement et de sécurité les plus sensibles. Or, le projet du Gouvernement abrogeait parallèlement en totalité le décret de 2004 et laissait apparemment sans encadrement les marchés de l'article 346. Se trouvait alors posée la question de la conformité de la nouvelle réglementation au regard des principes constitutionnels rappelés par le Conseil constitutionnel de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Le Conseil d'État a considéré, dans les circonstances de l'espèce, que cette absence d'encadrement réglementaire était possible dès lors qu'étaient satisfaites deux conditions. En premier lieu, le Gouvernement a indiqué *clairement* qu'il ne donnerait de l'exception ainsi ouverte sur le fondement de l'article 346 TFUE qu'une portée très limitée, conforme à la communication interprétative présentée par la Commission européenne le 7 décembre 2006 (COM (2006) 779) et ne concernant donc que quelques marchés très spécifiques. En second lieu, pour ces quelques marchés particuliers, l'absence d'encadrement réglementaire ne doit pas être regardée comme exonérant le Gouvernement de son obligation de faire respecter, après une appréciation au cas par cas des conditions de la concurrence, une mise en œuvre proportionnée des principes de valeur constitutionnelle d'égal accès à la commande publique et de bon usage des deniers publics. [*section de l'administration*]

3.4. Consultations

3.4.1. La procédure générale de consultation

Consultation d'un organe délibérant d'une collectivité territoriale

■ À l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance relatif aux réserves naturelles qui modifie les dispositions procédurales particulières applicables à la création de réserves naturelles en Corse, le Conseil d'État, au rapport de la section des travaux publics, a estimé que la consultation de la collectivité territoriale de Corse était obligatoire, en application de l'article L. 4422-16 du code général des collectivités territoriales. En effet, bien que cet article ne mentionne pas explicitement les projets d'ordonnance au nombre des projets sur lesquels l'assemblée de Corse doit être consultée, la section a considéré que le législateur, en disposant que « *l'assemblée de Corse est consultée sur les projets et les propositions de loi ou de décret comportant des dispositions spécifiques à la Corse* », avait entendu viser l'ensemble des actes de nature législative et réglementaire. [*section des travaux publics*]

■ À l'occasion de l'examen du même projet d'ordonnance, la section des travaux publics a précisé la portée de cette obligation consultative. « *Considérant que la compétence reconnue en 2002 aux régions et à la collectivité territoriale de Corse en matière de réserves naturelles exclut que, lorsque le projet de décret portant création d'une réserve naturelle ne recueille pas un avis favorable du Conseil d'État pour des motifs tirés de l'illégalité du projet ou de la délibération qu'il s'agit d'approuver, la section n'a pas admis que le Gouvernement puisse, de sa propre initiative, apporter au projet les modifications qu'il juge nécessaires.* » Il en résulte que le Gouvernement doit solliciter une nouvelle délibération de l'assemblée régionale ou de l'assemblée de Corse afin de permettre à celle-ci de remédier, lorsqu'il est possible, à ces illégalités. [*section des travaux publics*]

Avis de la commission de surveillance de la Caisse de dépôts et consignations

Aux termes de l'article L. 518-3 du code monétaire et financier, « *les décrets dont la mise en œuvre exige le concours de la Caisse des dépôts et consignations sont pris sur le rapport ou avec l'intervention du ministre chargé de l'économie, après avis de la commission de surveillance* ». Le Conseil d'État (section des travaux publics), à l'occasion de l'examen du projet de décret fixant les modalités d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique, a relevé que ce projet confiait à la Caisse des dépôts et consignations (CDC) la gestion des flux financiers générés par la cession de l'électricité réalisée dans ce cadre. Il a estimé que le recueil de l'avis de la commission de surveillance de la CDC était requis en dépit de la circonstance que l'intervention de la Caisse ne nécessite aucun concours financier de sa part. [*section des travaux publics*]

Comité des finances locales

Saisi d'un projet de décret relatif aux modalités de répartition et de gestion de la dotation territoriale pour l'investissement des communes de la Polynésie française, pris pour l'application de l'article 168 de la loi de finances pour 2011, le Conseil d'État (section des finances) a considéré qu'il ressortait de l'ensemble des dispositions législatives pertinentes du code général des collectivités territoriales, notamment celles prévoyant une représentation spécifique au comité des finances locales des communes d'outre-mer, y compris celles de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française, sans préciser que cette représentation n'est prévue que pour l'exercice d'une ou plusieurs compétences particulières de ce comité, le législateur a nécessairement entendu rendre l'ensemble des règles relatives au comité des finances locales applicable à ces communes. Dès lors, un projet de décret comportant des dispositions à caractère financier les concernant devait nécessairement être préalablement soumis à ce comité. [*section des finances*]

Consultation de la CCEN

La Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) a été créée, au sein du Comité des finances locales, par l'article 97 de la loi de finances rectificative pour 2007 et ses compétences ont été précisées récemment par l'article 74 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Les dispositions en cause figurent à l'article L. 1211-4-2 du code général des collectivités territoriales, qui dispose : « […] *Elle est consultée préalablement à leur adoption sur l'impact financier, qu'il soit positif, négatif ou neutre, des mesures réglementaires créant ou modifiant des normes à caractère obligatoire concernant les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics* […] »

Le Conseil d'État (section sociale) a été conduit à préciser l'interprétation de cette disposition : le critère de la consultation est l'existence de « *mesures réglementaires créant ou modifiant des normes à caractère obligatoire* », ce qui implique à la fois qu'il s'agisse de dispositions réglementaires (décrets, mais

aussi ordonnances ou arrêtés réglementaires), même procédurales ou expérimentales, et que ces dispositions aient un caractère obligatoire. Tel est le cas des mesures de sécurité dans les établissements recevant du public, mais non d'une liste de dépenses éligibles à un financement.

La norme ainsi édictée doit en outre « *concerner les collectivité territoriales* », ce qui doit être regardé comme signifiant qu'elle soit susceptible d'avoir une incidence sur les collectivités territoriales. Un tel champ recouvre non seulement les textes les concernant spécifiquement, mais aussi ceux s'appliquant à elles au même titre que d'autres personnes publiques et privées. Cette incidence peut être directe – par exemple le coût pour la collectivité de travaux qu'elle sera contrainte de faire – ou indirecte – par exemple le mode de fixation du budget d'un établissement susceptible d'être financé par une collectivité territoriale. Cette incidence éventuelle peut être positive, négative ou neutre. Mais il ne s'agit pas d'un critère de la consultation dès lors qu'il appartient à la CCEN de l'apprécier elle-même. Pour une norme intéressant une seule collectivité territoriale et si une consultation est obligatoire, ce sera celle du conseil délibératif de cette collectivité qui sera requise et non celle de la CCEN. Enfin, la consultation pour d'autres motifs du Comité des finances locales dispense de celle de la CCEN de ce Comité, laquelle est alors réputée avoir été faite. Cette solution a été confirmée par la décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 26 juillet 2011, *Département de Seine-Saint-Denis et autres*. [*section sociale*]

Commission nationale de l'informatique et des libertés – Délai au terme duquel l'avis est réputé rendu

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet de décret relatif aux modalités de constitution des bases de données géographiques nationales ou locales de référence comprenant des informations relatives au découpage parcellaire cadastral ainsi qu'aux adresses des parcelles. À cette occasion, il a eu à se prononcer sur l'appréciation du délai suffisant pour recueillir l'avis d'une commission, lorsque ce délai n'est pas précisé par un texte. Il a considéré que si le 3 de l'article L. 127-10 du code de l'environnement dispose : « *Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, fixe les modalités de constitution de ces bases de données et des informations susceptibles d'être diffusées* », aucun délai n'est fixé pour la consultation de cette commission à ce titre et que le délai de quatre mois écoulé en l'espèce depuis sa saisine, largement supérieur à celui fixé par l'article 15 du décret modifié du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif (cinq semaines), excède le délai suffisant à l'expiration duquel l'avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) est réputé rendu. [*section des travaux publics*]

Autorité de la concurrence

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a considéré que le projet de décret relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire devait être soumis à l'avis de l'Autorité de la concurrence, dès lors qu'il tend à fixer le régime des redevances perçues au titre des facilités essentielles ferroviaires. [*section des travaux publics*]

Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière (CCLRF)

L'article L. 614-2 du code monétaire et financier dispose que le CCLRF est « *saisi pour avis par le ministre chargé de l'économie de tout projet de loi ou d'ordonnance, de toute proposition de règlement ou de directive communautaires avant son examen par le Conseil des communautés européennes* […] *et des projets de décret, autres que les mesures individuelles* […] *traitant de questions relatives au secteur de l'assurance* […] ». Le Conseil d'État (section des finances) a estimé qu'un projet de décret qui réglemente le devoir de conseil et certaines opérations de prévoyance collective et d'assurance réalisées par les mutuelles et unions de mutuelles relevant du code de la mutualité devait, du fait de cet objet, être soumis au CCLRF, dès lors qu'il touche aux activités exercées dans le domaine des assurances par ces mutuelles et unions. Ni la circonstance que le projet ait été soumis au conseil supérieur de la mutualité, en application de l'article L. 411 du code de la mutualité, ni celle qu'il ne comporte par lui-même aucune disposition directement applicable aux entreprises et mutuelles d'assurances ressortissant au code des assurances ne dispensaient ce projet de décret de cette consultation obligatoire. [*section des finances*]

Conseil supérieur de la mutualité

Saisi d'un projet de décret relatif au plan d'épargne retraite populaire et portant modification du code des assurances, le Conseil d'État (section des finances) n'a pu lui donner un avis favorable, au motif que ce décret n'avait pas été soumis au Conseil supérieur de la mutualité, dont l'avis était requis en application des dispositions de l'article L. 411-1 du code de la mutualité. En effet, d'une part, ce projet était susceptible de s'appliquer à des mutuelles et, d'autre part, il ne se limitait pas à procéder à des opérations de codification, mais apportait des modifications de fond au droit existant. [*section des finances*]

Consultation individuelle à distance des membres d'un organisme collégial – Conditions

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif à la consultation du Conseil supérieur des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a admis la consultation individuelle à distance des membres de ce conseil sous réserve que soient respectées les conditions suivantes :
– caractère exceptionnel du procédé ;
– urgence du projet faisant l'objet de la consultation ;
– impossibilité d'organiser une réunion ou une visioconférence ;
– information suffisante donnée à chaque personne consultée qui doit se voir adresser par voie électronique tous éléments utiles à la formation de son opinion ;
– faculté donnée à chaque membre de s'opposer à tout moment à ce mode de consultation, auquel cas il est mis un terme à la procédure et l'organisme est convoqué pour délibérer ;
– communication par courrier électronique aux autres membres des observations émises par chaque membre ;
– avis individuel émis de façon non équivoque, attesté par un procès-verbal établi à l'issue de la consultation par les soins du secrétariat de l'organisme en cause, faisant notamment état des observations écrites des membres. [*section de l'intérieur*]

3.4.2. La consultation propre à la fonction publique : les comités techniques

Clarification des consultations en matière de déconcentration fonctionnelle

Le Conseil d'État (section de l'administration) a relevé, à de multiples reprises cette année, comme les années précédentes, les incertitudes existant quant aux instances consultatives à saisir de projets de loi, ou plus encore de décret, en particulier pour ce qui est des mesures relatives à l'organisation des pouvoirs publics ou à la réorganisation de l'État. Le problème se pose notamment en matière de déconcentration des pouvoirs des ministres, lorsqu'elle est réalisée au bénéfice des autorités compétentes des établissements publics, comme par exemple les établissements d'enseignement supérieur. La déconcentration concerne en effet aussi bien les organes centraux dont le pouvoir est déconcentré que les organes qui en bénéficient. La règle normale est que les instances consultatives de tous ces organes soient amenées à émettre leur avis. Mais il serait à la fois exagérément lourd et sans utilité réelle de procéder à des consultations individuelles en chaîne de tous ces organismes. Aussi le Conseil d'État a-t-il admis, s'agissant de la déconcentration des pouvoirs du ministre de l'enseignement supérieur au bénéfice des établissements d'enseignement supérieur, de se limiter à ce qu'il soit procédé à la seule consultation du CTPM. Mais il peut y avoir des situations intermédiaires que seul le pouvoir réglementaire peut aménager en combinant le principe de participation et la réalité des besoins, en évitant des consultations multiples auxquelles les administrations estiment devoir recourir en l'absence de règles suffisamment claires. Le Conseil d'État a relevé, après avoir examiné l'ensemble du dispositif de consultation, tel que refondu à la suite de la publication de la loi sur le dialogue social, depuis le régime applicable aux comités techniques à celui des conseils supérieurs et du conseil commun, que l'équilibre n'était pas encore pleinement trouvé et qu'il y aurait lieu de procéder aux compléments qui s'imposent dans le sens indiqué.

À titre d'illustration des difficultés ponctuelles d'interprétation de la portée des règles de consultation et du contrôle exercé par le Conseil d'État, peut être mentionnée la question des comités techniques à consulter pour la modification d'un décret relatif à la tutelle et à diverses mesures d'organisation d'un établissement public, en l'espèce l'École nationale d'administration. Le Conseil d'État a estimé qu'eu égard à la portée des dispositions de la modification en cause tendant, d'abord, à ajouter à la composition du conseil d'administration de l'école le secrétaire général du Gouvernement ou son représentant, ensuite, à soumettre désormais l'approbation du règlement intérieur et la composition des jurys à un arrêté conjoint du Premier ministre et du ministre chargé de la fonction publique, et non plus à un seul arrêté de ce dernier et, enfin à prévoir la transmission du rapport des jurys au Premier ministre et au ministre chargé de la fonction publique, le projet de décret devait être regardé comme modifiant les règles de gouvernance de l'École nationale d'administration, lesquelles relèvent des « *problèmes généraux d'organisation des administrations, établissements ou services* » au sens du deuxième alinéa de l'article 12 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982 modifié relatif aux comités techniques de l'ENA. En conséquence, le projet de décret devait être soumis préalablement, pour avis, au comité technique paritaire de l'ENA. [*section de l'administration*]

Consultation obligatoire

La prorogation du mandat des membres élus du conseil scientifique de l'Institut national de recherches archéologiques préventives, qui déroge aux règles générales d'organisation de cet établissement public administratif, est au nombre des questions d'organisation qui doivent être soumises à son comité technique en vertu de l'article 34 du décret n° 2011-184 du 15 février 2011 relatif aux comités techniques. Par suite, le comité technique doit être consulté sur cette prorogation. (*section de l'intérieur*) 385451

Absence d'obligation de recueillir l'avis de comités techniques placés auprès d'organismes appelés à fusionner

Prises en application de l'article 71-1 inséré dans la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, la loi organique du 29 mars 2011 relative au défenseur des droits, complétée par la loi ordinaire n° 2011-334 du même jour, fusionnent sous l'autorité du « défenseur des droits » quatre organismes préexistants : le médiateur de la République (institué par la loi du 3 janvier 1973), le défenseur des enfants (institué par la loi du 6 mars 2000), la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (instituée par la loi du 30 décembre 2004) et la Commission nationale de déontologie de la sécurité (créée par la loi du 6 juin 2000).

En l'absence, dans les lois du 29 mars 2011, de toute disposition maintenant, à titre transitoire, les comités techniques paritaires ou commissions assimilables placés auprès des organes fusionnés, et dès lors que ces décrets sont intervenus postérieurement à la date à laquelle les deux lois ont prévu la création de la nouvelle autorité et la disparition corrélative des organismes auxquels elle s'est substituée, il n'existait, en tout état de cause, aucune obligation légale de les consulter ni sur le projet de décret relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits, ni sur celui relatif à la procédure applicable devant lui. (*section de l'intérieur*)

3.4.3. La consultation ouverte sur Internet

L'article 16 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit prévoit que les autorités administratives qui sont tenues de consulter des commissions administratives avant de prendre un acte réglementaire peuvent décider de substituer à cette procédure une consultation ouverte sur Internet. La loi prévoit que l'application de cette disposition fait l'objet d'un décret en Conseil d'État. Saisi du projet de décret ainsi prévu, le Conseil d'État (section de l'administration) a émis un avis favorable, en estimant toutefois qu'il y avait lieu de faire apparaître, dans le corps du décret, les principes d'objectivité, de transparence et de sincérité qui s'imposent à l'autorité administrative, en matière de consultation ouverte sur Internet, comme en cas de consultation traditionnelle. En effet, il est essentiel que soit assuré, en cas de recours à ce type de consultation, un même niveau de garanties procédurales aux fins d'assurer la régularité de la consultation.

En outre, le Conseil d'État a souhaité que soient précisées les règles relatives tant au contenu du dossier de consultation qu'à celui de la synthèse des observations. Pour ce qui est du dossier de consultation, le Conseil a préconisé que soient mis à disposition des personnes concernées non seulement, comme le prévoyait le texte du Gouvernement, le projet d'acte soumis à la consultation et une notice explicative sur son objet et son contenu, mais également l'ensemble des informations complémentaires nécessaires à sa pleine compréhension. Pour ce qui est de la synthèse des observations, le Conseil d'État a recommandé que cette synthèse comporte, outre leur nombre, les principaux profils des personnes ayant formulé des observations ainsi qu'une présentation des principales observations et des suites qui leur ont été réservées.

Enfin, le Conseil a recommandé que le décret précise les conditions du déroulement de la consultation : régime d'identification des personnes, modalités de parution sur le site Internet des observations formulées, diffusion des conclusions de la consultation et désignation éventuelle d'un tiers garant ou d'un coordonnateur de la consultation. [*section de l'administration*]

3.5. Domanialité publique

Baux emphytéotiques et domaine des collectivités publiques

Le Conseil d'État (section de l'administration) a saisi l'occasion de sa consultation sur un projet de décret relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs (BEA) par les collectivités territoriales, pour rappeler la nécessité, d'une part, de respecter les règles relatives à la publicité et à la mise en concurrence et, d'autre part, d'éviter un formalisme excessif quant aux actes relatifs respectivement à la mise à disposition des biens et aux missions de service publics liées à cette mise à disposition.

Sur le premier point, le Conseil d'État a relevé que, conformément à l'avis qu'il a émis sur le projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure (loi n° 2011-267 du 14 mars 2011), le dernier alinéa de l'article L. 1311-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT) prévoit expressément que la conclusion des BEA, que les collectivités territoriales, leurs établissements publics ou leurs groupements peuvent passer en application de ce texte, doit être précédée, le cas échéant, d'une mise en concurrence et de mesures de publicité selon des modalités fixées par décret en Conseil d'État. Mais il a noté qu'il s'agissait là d'un dispositif isolé et a appelé l'attention du Gouvernement sur l'avantage qui s'attacherait à l'insertion de dispositions équivalentes dans l'ensemble des textes régissant la conclusion des baux et la délivrance des autorisations d'occupation temporaire du domaine public constitutives de droits réels, tant par les collectivités mentionnées ci-dessus que par l'État et ses établissements publics, dès lors que sont adossés à ces titres d'occupation domaniale des contrats susceptibles d'être regardés comme relevant de la commande publique.

Sur le second point, il a été relevé que précisément pour mettre en application la disposition de l'article L. 1311-2 du CGCT rappelant cette obligation de publicité et de mise en concurrence pour certains BEA passés par les collectivités territoriales, la rédaction proposée par le Gouvernement de l'article R. 1311-2 du CGCT s'attachait à distinguer rigoureusement ce qui, dans le dispositif des baux emphytéotiques administratifs, relève, d'une part, du bail *stricto sensu* et, d'autre part, des conventions annexes. S'il est apparu compréhensible, notamment du point de vue du ministère chargé des collectivités territoriales, de prévenir ainsi, dans un souci de sécurité juridique, les risques de confusion entre les stipulations relatives à l'occupation domaniale et celles relevant d'un contrat de la commande publique, il a été regardé comme artificiel de s'en tenir à cette stricte division qui ne correspond, ni parfaitement à la réalité de la pratique administrative, ni à l'objet même de la plupart des BEA. Il s'agit en effet de parvenir, dans le cadre d'une opération contractuelle complexe, à la réalisation, par un opérateur privé, de travaux liés à une mission d'intérêt général sur une dépendance du domaine public ou privé d'une collectivité territoriale, d'un établissement public ou d'un groupement de collectivités territoriales. Par suite, le Conseil d'État, pour éviter une lecture *a contrario* de l'article R. 1311-2 qui constituerait un facteur d'insécurité juridique, a complété la rédaction projetée par le Gouvernement en prévoyant que la soumission à l'obligation de publicité et de mise en concurrence préalables s'applique également aux baux dont les clauses elles-mêmes peuvent s'analyser en une convention non détachable présentant les caractéristiques d'un des contrats de la commande publique. [*section de l'administration*]

3.6. Élections

3.6.1. Élection présidentielle

Modération des dépenses publiques contribuant au financement public de la vie politique

Le Conseil d'État (commission permanente) a examiné un projet de loi organique modifiant la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel. Le projet diminue de 5 % le montant maximal des dépenses de la campagne électorale prises en charge et « gèle » son indexation tant que le résultat global des administrations publiques restera négatif. Cette mesure, qui figure parmi celles évoquées dans le plan de retour à l'équilibre budgétaire présenté par le Premier ministre le 7 novembre 2011 et vise à faire contribuer le financement public de la vie politique à l'effort de modération des dépenses publiques, appelle deux observations.

D'une part, eu égard à la durée de la période séparant encore le dépôt de cette loi organique, prévu le 30 novembre 2011, du premier tour de l'élection présidentielle prévue en 2012, ainsi qu'à la modicité de la réduction du montant remboursable, le projet de loi organique examiné ne porte atteinte ni à l'égalité devant le suffrage, ni à l'exercice du droit au suffrage garanti par l'article 3 de la Constitution.

D'autre part, une trop forte érosion du montant du remboursement forfaitaire des frais de campagne par l'État, conséquence du gel en euros courants du plafond des dépenses (en pourcentage duquel est fixée l'aide maximale de l'État), serait critiquable au regard de l'objectif de moralisation que poursuit le financement public de la vie politique. Il conviendrait, par suite, de réviser ultérieurement le mécanisme de désindexation prévu en l'espèce – comme dans la loi de finances pour 2012 pour les autres élections – au cas où, dans l'avenir, le gel prolongé du montant de ce financement dégraderait celui-ci trop fortement en raison de l'inflation. [*section de l'intérieur*]

Précisions relatives à la Commission nationale de contrôle de la campagne

La section de l'intérieur a examiné un projet de décret intégrant au décret 2001-213 du 8 mars 2001 portant application de la loi n° 62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du président de la République au suffrage universel, certaines des propositions de la Commission nationale de contrôle de la campagne en vue de l'élection présidentielle de 2007. Outre une modification de la composition de la commission et une avancée de deux jours de la date de remise des modèles d'affiche et de déclaration des candidats, ce texte précise le rôle de la commission lors de l'examen des documents déposés par les candidats et prévoit que les éventuels recours contre ses décisions doivent être portés devant le Conseil d'État. [*section de l'intérieur*]

3.6.2. Élections législatives

Participation des Français établis hors de France – Vote par Internet

La section de l'intérieur a examiné un projet de décret fixant les règles applicables à l'élection des onze députés « représentant à l'Assemblée nationale les Français établis à l'étranger » au titre de l'article 24 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Conformément à l'ordonnance du 29 juillet 2009 « relative à l'élection de députés par les Français établis hors de France », l'option est ouverte aux Français de l'étranger, pour exprimer leurs suffrages, entre le vote à l'urne, le vote par procuration, le vote par correspondance sous pli fermé et le vote par voie électronique. C'est la première fois que le code électoral traite du vote par Internet pour une élection politique. [*section de l'intérieur*]

Élection des députés français de l'étranger – Droit d'éligibilité – Inéligibilité tenant aux fonctions – Ambassadeurs – Chefs des représentations permanentes de la France auprès des organisations internationales

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a été saisi par le Premier ministre de la question de savoir si l'inéligibilité édictée par le premier alinéa de l'article L.O. 329 du code électoral aux termes duquel : « *Les chefs de mission diplomatique et les chefs de poste consulaire ne peuvent pas faire acte de candidature à l'élection des députés par les Français établis hors de France dans toute circonscription incluant le ressort dans lequel ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de trois ans à la date du scrutin…* » s'applique aux chefs des représentations permanentes de la France auprès des organisations internationales [*section de l'intérieur,* avis n° 385.371, 14 juin 2011, voir *infra* page 307].

3.6.3. Élections des conseillers territoriaux – Réforme territoriale

Principe d'égalité démographique

Tirant les conséquences de la censure prononcée par le Conseil constitutionnel le 9 décembre 2010 (n° 2010-618 DC), sur le terrain de l'égalité démographique pour la participation à un même conseil régional, le Conseil d'État, au rapport de la section de l'intérieur, a donné un avis favorable au projet de loi fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région. Ce projet annexe à la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales un nouveau tableau fixant le nombre des conseillers territoriaux de chaque département et de chaque région. [*section de l'intérieur*]

3.7. Organisation et gestion de l'administration

3.7.1. Autorités administratives indépendantes (AAI)

Indépendance des AAI et présence d'un commissaire du Gouvernement

Saisi du projet d'ordonnance portant codification de la partie législative du code de l'énergie, le Conseil d'État, au rapport de la section des travaux publics, a considéré que les dispositions du projet relatives à la Commission de régulation de l'énergie (CRE), issues de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, qui prévoient l'existence, auprès de cette autorité administrative indépendante, d'un commissaire du Gouvernement ne portent pas, par elles-mêmes, eu égard au rôle dévolu à ce commissaire, atteinte à l'indépendance de cette autorité et, qu'elles sont, dès lors, conformes aux dispositions des directives n° 2009/72 et n° 2009/73 relatives aux règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et du gaz. [*section des travaux publics*]

Rôle consultatif d'une AAI au regard de l'article 21 de la Constitution

Dans le cadre de l'examen du même projet, le Conseil d'État a constaté que plusieurs dispositions prévoyaient l'adoption d'arrêtés ministériels à caractère réglementaire « sur proposition » de la Commission de régulation de l'énergie. Une telle rédaction a pour effet de subordonner l'adoption de tels arrêtés à une initiative de la CRE et d'imposer le respect, par ces arrêtés, du contenu de la proposition, si le ministre n'en sollicite pas une nouvelle. Relevant en l'espèce que les normes dont l'adoption est prévue par arrêté ministériel sont limitées tant par leur champ d'application que par leur contenu et respectent ainsi la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État estime que le fait de subordonner ces arrêtés à une proposition de la CRE plutôt que d'attribuer le soin de l'adopter, soit au ministre, soit à la CRE elle-même, ne méconnaît pas l'article 21 de la Constitution tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006. [*section des travaux publics*]

3.7.2. Établissements publics et entreprises publiques

3.7.2.1. Notion d'établissement public

Nature juridique de la grande chancellerie de l'Ordre de la Légion d'honneur

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret portant création du comité technique de la grande chancellerie de la Légion d'honneur, le Conseil d'État (section de l'administration) s'est prononcé sur la nature juridique susceptible d'être retenue pour l'Ordre de la Légion d'honneur. Il a déjà relevé que la Légion d'honneur était un ordre doté de la personnalité morale ainsi qu'il est dit à l'article R. 2 du code de la Légion d'honneur : « *La Légion d'Honneur constitue un ordre national. Il est doté de la personnalité morale.* ». Il a déduit des règles régissant l'ordre et de sa mission spécifique qu'il ne pouvait être regardé comme un établissement public de l'État dès lors qu'il n'est placé sous la tutelle d'aucune autorité. À cet égard, le Conseil d'État a observé, d'une part, que le président de la République, grand maître de l'Ordre, agit au nom de l'ordre en tant que membre de cet ordre et non en tant qu'autorité de l'État et qu'il statue comme tel, en dernier ressort, sur toutes questions concernant l'ordre, d'autre part, que le Grand Chancelier a seul qualité pour représenter en toutes circonstances l'Ordre national de la Légion d'honneur et en particulier devant les juridictions de l'ordre judiciaire et administratif, qu'il exerce notamment toutes actions relatives aux droits et prérogatives des membres de l'ordre de la Légion d'honneur ainsi que celles ayant pour objet la conservation des biens compris dans la dotation de l'ordre ou affectés à ses dépenses. Dans ces conditions, en l'absence d'un contrôle administratif similaire à celui des organismes soumis à une autorité de tutelle, le Conseil d'État a estimé que l'Ordre de la Légion d'honneur constitue une personne morale de droit public *sui generis*. Il en a tiré pour conséquences notamment qu'un décret en Conseil d'État était nécessaire pour soumettre le comité technique que le décret institue pour la grande chancellerie aux règles régissant les comités techniques des administrations et des établissements publics de l'État. [*section de l'administration*]

Établissement public à caractère administratif – Exercice simultané de missions administratives et de missions de gestion commerciale – Recrutement de personnels de droit public et de droit privé – Compétence du conseil d'administration – Voies navigables de France

Le Conseil d'État (section des travaux publics et section de l'administration) a été saisi d'un projet de loi relatif à l'Agence nationale des voies navigables, dont l'objet était de transférer à Voies navigables de France (VNF) plusieurs services ou parties de services déconcentrés. Plus précisément, ce transfert portait sur des services déconcentrés relevant du Premier ministre nécessaires à l'exercice des missions de l'établissement public et jusqu'alors simplement mis à la disposition de celui-ci, ainsi que sur certains services ou parties de services déconcentrés du ministère chargé des transports. L'examen de ce projet a donné une nouvelle fois au Conseil d'État l'occasion de se prononcer sur les conditions dans lesquelles, du fait de transferts d'activités entre services ou établissements au sein de l'État, la coexistence, dans un même établissement, entre agents de droit public et agents de droit privé pouvait être légalement organisée.

Le Conseil d'État, au rapport sur ce point de la section de l'administration, a estimé qu'il n'y avait pas d'obstacle à ce que soit conféré à ce nouvel établissement un caractère administratif alors même qu'il continuerait à exercer simultanément les missions de gestion commerciale ayant initialement justifié le caractère industriel et commercial de VNF auquel il se substituait. Dans un souci de clarification et d'intelligibilité de la norme ainsi que pour ne pas rompre la cohérence rédactionnelle de dispositions présentant un lien étroit avec la loi, le Conseil a également accepté que la loi procède directement à cette qualification, alors même que de telles dispositions relèvent du pouvoir réglementaire, hors le cas de la création d'une nouvelle catégorie d'établissement public, notion définie par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État.

Le Conseil d'État a estimé que le nouvel établissement public administratif (EPA) pourrait poursuivre le recrutement des personnels régis par le code du travail. Pour parvenir à une telle solution, il s'est fondé sur deux éléments : d'une part, la majeure partie des agents de l'établissement public serait des fonctionnaires de l'État et, d'autre part, les missions administratives, notamment de conservation du domaine public fluvial, initialement dévolues à Voies navigables de France, étaient maintenues. Il a de plus considéré que, si le recours à des personnels régis par le droit privé dans un EPA relève de la compétence du seul législateur, en ce sens qu'une telle pratique déroge à l'article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 qui fixe le principe selon lequel les emplois dans les EPA sont occupés par des fonctionnaires, il est loisible au législateur, lorsqu'il prévoit la possibilité pour un EPA d'employer des personnels de droit privé et de droit public, de caractériser les emplois ouverts à chacun des recrutements ou de s'abstenir de le faire. Cette question ne touche pas aux garanties applicables aux fonctionnaires, mais relève de la politique de l'emploi de l'établissements public, matière où il est normal que le législateur puisse, s'il l'estime souhaitable, laisser au Gouvernement et aux organes dirigeants de l'établissement le soin de déterminer les conditions dans lesquelles il entend recourir à l'une ou l'autre catégorie d'agents.

En revanche a été disjointe une disposition prévoyant qu'un accord collectif déterminerait les types d'emplois nécessaires au développement et à l'exercice des missions de l'établissement public ainsi qu'à leur répartition selon les catégories de personnel. Dans la mesure où les accords collectifs susceptibles d'être conclus dans la fonction publique ne lient pas l'autorité administrative, y compris depuis l'intervention de la loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social, alors que ceux régissant les salariés relevant du code du travail ont, au contraire, valeur contraignante, un simple renvoi à un accord aux fins de déterminer les catégories d'emploi de l'EPA n'a pu être admis. Le texte adopté par le Conseil d'État donne, par suite, compétence au conseil d'administration de l'établissement pour définir, après avis du comité technique unique, les orientations applicables à la répartition des emplois. [*section des travaux publics et section de l'administration*]

3.7.2.2. Règles d'organisation et de fonctionnement

Représentant de l'État au conseil d'administration d'une entreprise publique

Saisi d'un projet de décret modifiant le décret du 26 février 2010 fixant les statuts initiaux de La Poste et portant diverses dispositions relatives à La Poste, le Conseil d'État (section des travaux publics) a admis que l'État puisse se faire

représenter au conseil d'administration d'une société par des personnes choisies en raison de leur compétence, même si elles sont dépourvues de tout lien organique ou fonctionnel avec lui. En effet, il a été considéré que le fait pour l'État de se faire représenter dans un conseil d'administration par des personnes qui lui sont extérieures et sur lesquelles il ne dispose d'aucun pouvoir hiérarchique ou de tutelle n'est pas susceptible de conduire à une dénaturation de la notion de « représentant de l'État ». [*section des travaux publics*]

Présence d'un commissaire du Gouvernement

L'institution, auprès d'un établissement public administratif de l'État, d'un « commissaire du Gouvernement » a été écartée par le Conseil d'État (section de l'intérieur) dès lors que siègent au conseil d'administration des représentants du ministre de tutelle. [*section de l'intérieur*]

3.7.2.3. Principe d'autonomie

Maison de l'histoire de France – Conseil d'administration – Respect des orientations fixées par l'État en matière tarifaire

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a examiné un projet de décret portant création de la Maison de l'histoire de France dont une disposition prévoyait la soumission des délibérations du conseil d'administration en matière tarifaire au « *respect des orientations fixées par l'État* ».

Cette disposition a été disjointe pour deux motifs.

D'une part, dès lors que ne sont définis ni l'auteur, ni la nature, ni l'objet des actes de l'État au respect desquels serait soumise la Maison de l'histoire de France, dans la détermination de sa politique tarifaire, cette formule est critiquable, par son imprécision, au regard des principes d'intelligibilité et de sécurité juridique.

D'autre part et surtout, cette disposition, suggérant un pouvoir d'intervention unilatéral, permanent et multiforme du ministère de tutelle dans la gestion de la Maison de l'histoire de France, est critiquable, du point de vue des règles de bonne administration, par les incertitudes qu'elle ferait peser sur la politique tarifaire mise en œuvre par cet établissement public.

Si, par la référence aux « *orientations fixées par l'État* », les auteurs du projet de décret ont seulement entendu marquer que l'établissement public, dans cette matière comme dans d'autres, aurait à respecter les lois et règlements, à honorer ses engagements contractuels et à tenir compte de l'existence d'une tutelle ministérielle, la formule est inutile et fait double emploi avec les dispositions prévues par ailleurs par le décret à cet égard.

Si la référence au « *respect des orientations fixées par l'État* » avait pour objet d'imposer à la Maison de l'histoire de France, dans l'élaboration de sa politique tarifaire, des sujétions allant au-delà de ce qui vient d'être dit, en la soumettant aux instructions discrétionnaires d'un ministère de tutelle, elle méconnaîtrait le principe d'autonomie des établissements publics, qui est inhérent à leur existence, reconnu par l'article 34 de la Constitution, et qui trouve particulièrement son expression dans la politique tarifaire d'un établissement public culturel. [*section de l'intérieur*]

Compétence pour attribuer des aides – Transfert de l'administration centrale à un établissement public – Condition – Pouvoir du conseil d'administration – Prévention de conflits d'intérêts

Le Gouvernement méconnaîtrait le principe d'autonomie des établissements publics s'il se déchargeait sur le Centre national de la danse de la gestion d'aides jusque-là directement accordées par l'administration centrale et ne lui confiait pas corrélativement le pouvoir de décision y afférent. La section de l'intérieur a ainsi considéré que les critères d'attribution des aides devraient être décidés par le conseil d'administration du Centre lui-même et que les décisions individuelles prises, dans ce cadre, par son directeur général ne devraient pas être soumises à la tutelle ministérielle.

Le Centre national de la danse étant un établissement public industriel et commercial dont une des missions est de produire des spectacles chorégraphiques, il convient d'éviter tout conflit d'intérêts entre cette activité de production et l'attribution d'aides à des entreprises produisant des spectacles de danse susceptibles d'entrer en concurrence avec ceux du Centre. La section de l'intérieur a par suite limité les bénéficiaires des aides, outre aux chercheurs et aux personnes intervenant au titre de la conservation du patrimoine chorégraphique, aux seuls groupes de danse amateurs. Elle a en outre prévu que cette liste de bénéficiaires ne pourrait être élargie ou modifiée que par décret en Conseil d'État. [*section de l'intérieur*]

3.7.3. Organisation territoriale de l'État

Le Conseil d'État a été saisi de nombreux textes relatifs à la réorganisation des services territoriaux de l'État, notamment s'agissant des pouvoirs des préfets.

Pouvoirs publics – Préfet – Compétence – Pouvoir d'évocation – Organisation des services déconcentrés

Le Conseil d'État (section de l'administration) a été saisi par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales d'une demande d'avis sur les conditions du pouvoir d'évocation, selon les différentes hypothèses de contenu des textes définissant la compétence en cause des préfets [*section de l'administration*, avis n° 385.953, 13 décembre 2011, voir *infra* page 342].

Coordination de l'action de l'État

Le Conseil d'État (section de l'administration) a été saisi d'un projet de décret ayant pour objet de confier aux préfets de région coordonnateurs la maîtrise de l'attribution de quotas laitiers. Ces quotas sont alloués dont le cadre de bassins laitiers dont le ressort, délimité par arrêté du Premier ministre, correspond à celui d'une région administrative étendue, le cas échéant, aux ressorts d'autres régions ou départements. Le projet soumis au Conseil d'État, en ce qu'il instituait de tels préfets coordonnateurs, dotés de pouvoirs excédant le cadre d'une simple mission de coordination et ce, sans limitation expresse dans le temps, dérogeait à deux types de règles relatives à l'organisation de l'État au niveau territorial : d'une part, au schéma d'organisation territoriale de la République prévu par l'article 4 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992, qui ne retient que trois niveaux d'administration ; d'autre part, aux dispositions du I et du 2 de l'article 66 du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 modifié relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et les départements,

qui ne permettent de confier à un préfet de région qu'une mission interrégionale de coordination et ce, pour une durée limitée.

Le Conseil d'État a néanmoins donné un avis favorable dès lors qu'il était saisi d'un projet de décret en Conseil d'État délibéré en conseil des ministres, niveau de normes permettant de prévoir de telles dérogations. [*section de l'administration*]

Réattribution à l'échelon central de pouvoirs conférés aux préfets

Le Conseil d'État (section de l'administration) a été saisi d'un projet de décret ayant pour objet, de façon assez rare, de réattribuer au ministre chargé de l'écologie, des compétences initialement dévolues aux préfets relatives à l'agrément des plans d'actions d'économies d'énergie et à la délivrance des certificats d'économies d'énergie. La section de l'administration lui a donné un avis favorable, nonobstant le principe général de déconcentration, en s'attachant à la rationalisation de l'action de l'État qui en résultait, dès lors que la concentration des compétences au profit du ministre chargé de l'énergie s'accompagnait de la création d'un service à compétence nationale rattaché à la Direction générale de l'énergie et du climat. En effet, eu égard à la nature de la matière, à la qualité des demandeurs et aux possibilités de dématérialisation des procédures, il n'y avait pas de véritable besoin de proximité géographique entre les usagers et l'administration. En outre, cette réattribution de compétences s'accompagne d'une rationalisation des effectifs affectés au traitement de ces dossiers. [*section de l'administration*]

3.7.4. Réutilisation des informations publiques détenues par l'État et ses établissements publics

Valorisation du patrimoine immatériel de l'État – Assujettissement au paiement d'une redevance – Encadrement des compétences des établissements publics

La question complexe de l'encadrement des conditions dans lesquelles l'État ou ses établissements peuvent soumettre au paiement d'une redevance la réutilisation des informations publiques, dont ils ont assuré la collecte, a fait l'objet d'un examen particulier du Conseil d'État à l'occasion d'un projet de décret relatif à la réutilisation des informations publiques détenues par l'État et ses établissements publics administratifs et ayant pour objet de conférer au Premier ministre un pouvoir de contrôle sur l'institution de ces redevances. Ce dernier prend la forme d'une obligation d'inscription préalable des informations concernées sur une liste fixée par décret après avis du conseil d'orientation de l'édition publique et de l'information administrative (COEPIA).

Le Conseil d'État a donné un avis favorable au projet après s'être assuré, d'une part, de la bonne articulation de ses dispositions avec celles de l'article 3 du décret n° 2009-151 du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel, d'autre part, de l'existence d'un fondement législatif à l'encadrement apporté aux pouvoirs des établissements publics à caractère administratif en matière d'institution de redevances. [*section de l'administration*]

3.8. Outre-mer

3.8.1. Collectivités régies par l'article 73 de la Constitution

3.8.1.1. Disposition statutaires

Le Conseil d'État, au rapport de la section de l'intérieur, a été saisi d'un projet de loi organique portant diverses mesures de nature organique relatives aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution et d'un projet de loi relatif aux collectivités de Guyane et de Martinique. En outre, il a examiné, au rapport de la section des travaux publics, un projet de loi portant réforme des ports d'outre-mer relevant de l'État. Enfin, il a examiné, au rapport de la section sociale, une demande d'avis et deux projets d'ordonnance relatifs à l'application du droit à Mayotte. L'examen de cet ensemble de textes lui a permis de préciser plusieurs régimes juridiques prévus outre-mer par la Constitution.

Adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières régies par l'article 73 de la Constitution – Ports d'outre-mer

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a admis que le régime des grands ports maritimes résultant des dispositions des articles L. 5312-1 et suivants du code des transports fasse l'objet d'adaptations, au sens de l'article 73 de la Constitution, pour les ports relevant de l'État dans les départements d'outre-mer (DOM). En ce qui concerne les outillages, le projet de loi prévoyait que les grands ports maritimes d'outre-mer auraient la faculté d'acquérir et d'exploiter des outillages, contrairement aux autres grands ports maritimes qui ne sont pas autorisés à exploiter ce type d'équipement, sauf exceptions strictement encadrées. En effet, la situation des ports relevant de l'État dans les DOM diffère de celle prévalant en métropole à plusieurs titres, justifiant ainsi l'adaptation proposée. C'est ainsi que dans les DOM l'essentiel des outillages dans les ports relevant de l'État est déjà la propriété d'opérateurs privés. L'absence de tout outillage public, compte tenu de l'isolement géographique de ces ports ultramarins et de la modestie de leur trafic, risquerait de renforcer la position dominante de l'opérateur en place. En outre, le régime de la manutention est d'ores et déjà différent dans ces DOM de celui en vigueur en métropole. C'est la raison pour laquelle, s'agissant de la composition du conseil de surveillance des ports dans les DOM, le Conseil d'État a admis que des « caractéristiques et contraintes particulières » susmentionnées pouvaient expliquer l'accroissement du nombre des représentants des chambres de commerce et d'industrie (CCI) tel que prévu par le projet. Il a également admis l'augmentation de la représentation des collectivités territoriales, en Guyane et en Guadeloupe, pour associer les élus des communes dans le ressort desquelles sont exploités des sites secondaires distants de plusieurs dizaines de kilomètres du site principal, sans relever d'aucune unité géographique. En revanche, le Conseil d'État a considéré que la très forte réduction du collège des représentants de l'État est directement contraire à l'un des principaux

objectifs de la réforme portuaire qui visait à renforcer les prérogatives de l'État dans les grands ports maritimes et ne pouvait trouver aucune justification dans des « caractéristiques ou des contraintes particulières » des DOM. Il a donc relevé à 4 le nombre des représentants de l'État qui, dans le projet, était passé de 5 à 3. [*section des travaux publics*]

Adaptation du droit social à Mayotte

Par un avis en date du 20 mai 2010, le Conseil d'État, au rapport de la section de l'intérieur, a fixé les principes applicables, à partir de l'entrée en vigueur du principe d'identité législative à Mayotte, aux dispositions spécifiques nouvelles édictées. « *[…] Il résulte des dispositions de l'article 73 de la Constitution que l'adoption de dispositions spécifiques à une collectivité régie par cet article n'est possible que dans la mesure où l'ampleur de ces adaptations est proportionnée aux caractéristiques de la situation locale qu'elles ont vocation à régir.* »

■ À l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance étendant et adaptant au département de Mayotte le revenu de solidarité active (RSA), le Conseil d'État, au rapport de la section sociale, a émis une réserve relative à la possibilité de subordonner le droit au RSA, pour les étrangers non ressortissants de l'Union européenne, au fait d'y avoir résidé pendant quinze ans avec un titre de séjour les autorisant à travailler, alors que la durée applicable dans les autres départements est de cinq ans. Le Conseil d'État a considéré que l'ordonnance ne pouvait fixer une durée aussi longue sans méconnaître le principe d'identité législative énoncé par l'article 73 de la Constitution et que les adaptations de la législation nationale doivent être proportionnées. Par suite, il n'était pas possible d'admettre, compte tenu des « caractéristiques et des contraintes particulières » du département de Mayotte, une durée de résidence des étrangers supérieure à dix ans. Si la durée de quinze ans s'applique aujourd'hui à différentes prestations sociales servies à Mayotte (allocation de solidarité aux personnes âgées, allocation aux adultes handicapés), ces dispositifs ont été instaurés alors que Mayotte était régie en matière de protection sociale par le principe de spécialité législative. Cette seule circonstance ne pouvait donc justifier l'application de cette durée au RSA. [*section sociale*]

■ Le Conseil d'État (section sociale) s'est prononcé, lors de l'examen du projet d'ordonnance relatif à l'évolution de la sécurité sociale à Mayotte dans le cadre de la départementalisation, sur la manière dont il convenait d'apprécier les dérogations relatives à la protection sociale. Il a pris en compte les motifs qui justifient les écarts permanents qui subsistent avec la métropole, la perspective d'un rapprochement progressif et la durabilité des dispositions transitoires. Il a considéré en outre que c'est par type de cotisation ou de prestation qu'il y avait lieu de procéder à telle appréciation. [*section sociale*]

Pouvoirs du représentant de l'État en Guyane et en Martinique

Le projet de loi prévoit que le représentant de l'État dans une collectivité régie par l'article 73 de la Constitution veille, sur le territoire de cette collectivité, à l'exercice régulier de leurs compétences par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics. Lorsqu'une de ces collectivités néglige de prendre, ou de faire prendre par un de ses établissements publics, les mesures relevant de ses compétences et nécessaires soit à la sauvegarde de la santé publique, de la sécurité publique ou de l'environnement, soit au respect, par la France, de ses engagements européens ou internationaux, le représentant de l'État peut, après mise en demeure restée sans effet, arrêter, en lieu et place de cette collectivité, toute disposition qu'impose l'urgence.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a considéré que, par sa précision, ses finalités d'intérêt général et les limites dont il est assorti, ce dispositif n'est pas contraire au principe de libre administration des collectivités territoriales. En outre, la situation particulière des collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution dans les domaines en cause – eu égard notamment au retard en matière d'équipements dans les domaines de l'assainissement et du traitement des déchets, au caractère sensible de l'environnement local, aux problèmes de santé publique liés au climat et à l'éloignement des centres de décision et moyens d'action nationaux – peut appeler un renforcement des pouvoirs du préfet. Le Conseil d'État n'a pu cependant admettre que soient exceptées de ce dispositif les collectivités dont le ressort se trouve sur le territoire de La Réunion. Ces dernières présentent en effet, au regard des buts poursuivis, les mêmes caractéristiques pertinentes que les autres collectivités concernées. Leur exclusion serait donc contraire au principe d'égalité entre collectivités territoriales relevant de la même catégorie. [*section de l'intérieur*]

Pouvoirs de la commission permanente en Guyane

La loi ne peut, sans dénaturer la notion d'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale, confier des pouvoirs propres à une commission qui, quoique émanant de l'assemblée délibérante, se distingue d'elle comme elle se distingue de l'exécutif local. Ce serait donner, sur certaines affaires, le premier et le dernier mot à une deuxième chambre issue du suffrage universel indirect. Aussi le Conseil d'État a-t-il fait précéder la liste des pouvoirs propres de la commission permanente d'une formule permettant à l'assemblée délibérante d'évoquer, si elle souhaite exercer la plénitude de ses prérogatives, toute affaire relevant de cette commission. [*section de l'intérieur*]

3.8.1.2. Élections

Élections des conseillers généraux et régionaux en Guyane et en Martinique

Les dispositions du projet de loi relative aux collectivités de Guyane et de Martinique prévoyaient que les mandats des conseillers généraux et régionaux en cours prendraient fin, de façon anticipée, au lendemain de l'élection de la nouvelle assemblée locale, quelle que soit la date de cette élection, dont le projet se borne à prévoir qu'elle aurait lieu « au plus tard le 1er juillet 2012 ». Les mandats en cause sont ceux des conseillers généraux élus en 2008 pour six ans, ceux des conseillers généraux élus en mars 2011 pour trois ans seulement et ceux des conseillers régionaux élus en mars 2010 pour quatre ans en vertu de la même loi.

Si la jurisprudence constitutionnelle n'admet qu'avec réticence la modification de la durée de mandats électifs en cours, en particulier sa réduction (no 2010-603 DC du 11 février 2010, cons. 11 à 14) et si une telle modification doit être justifiée par une exigence constitutionnelle ou par un motif d'intérêt général, cette jurisprudence ne trouve pas à s'appliquer dans le cas, qui est celui de l'espèce, d'un changement majeur affectant les institutions mêmes dont les mandats sont en cours. La cessation anticipée des mandats en 2012, plutôt qu'à leur terme normal, en mars 2014, ne se heurte pas à des difficultés constitutionnelles, dès lors que la réforme envisagée tend à mettre en place des nouvelles institutions qui,

par leurs règles d'organisation et leurs attributions, se distinguent profondément des conseils généraux et régionaux actuels.

Aussi le Conseil d'État a-t-il admis la réduction de la durée des mandats en cours en Guyane et en Martinique. [*section de l'intérieur*]

Élections des conseillers territoriaux en Guadeloupe

Le Conseil d'État a été saisi d'une proposition de loi déposée par M. Victorin Lurel, député, tendant à adapter la loi de réforme des collectivités territoriales aux caractéristiques et contraintes particulières de la Guadeloupe.

Les dispositions de la proposition de loi consistent à modifier la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales afin, d'une part, de porter de 45 à 65 le nombre de conseillers territoriaux de Guadeloupe et, d'autre part, de substituer au mode de scrutin majoritaire uninominal à deux tours dans un cadre cantonal prévu par cette loi pour l'élection des conseillers territoriaux un scrutin mixte, dans lequel, pour moitié d'entre eux, les conseillers resteraient élus selon ce mode de scrutin et, pour l'autre moitié, le seraient au scrutin de liste proportionnel à deux tours avec répartition des sièges à la plus forte moyenne, identique à celui en vigueur dans les régions jusqu'à l'intervention de la loi du 16 décembre 2010, mais avec une « prime majoritaire » portée de 25 à 50 % des sièges concernés.

À cette occasion, le Conseil d'État a été conduit à formuler quatre observations.

En premier lieu, l'irrecevabilité prévue par l'article 41 de la Constitution, aux termes duquel « *s'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité* », ne fait pas obstacle à l'examen par le Conseil d'État de cette proposition de loi.

En deuxième lieu, les dispositions de la proposition de loi ne relèvent d'aucun des cas prévus au dernier alinéa de l'article 73 de la Constitution car elles ne tendent ni à substituer une collectivité unique au département et à la région de la Guadeloupe ni, comme le rappelle la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-618 DC du 9 décembre 2010, à instituer une assemblée délibérante unique. En effet, la proposition de loi maintient la distinction, prévue par la loi du 16 décembre 2010, entre deux assemblées délibérantes, certes composées des mêmes membres, mais distinctes, dotées de compétences propres et régies par des règles de fonctionnement et d'organisation différentes. La consultation préalable des électeurs de la Guadeloupe n'est donc pas nécessaire.

En troisième lieu, la mesure consistant à porter le nombre de conseillers territoriaux composant le conseil général et le conseil régional de Guadeloupe de 45 à 65 membres, inférieur à l'effectif total actuel des conseillers généraux et régionaux, n'appelle pas d'observation au regard de sa conformité à la Constitution. D'une part, le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 2011-634 DC du 21 juillet 2011, que « *le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant le suffrage en tant qu'il s'applique aux écarts de représentation entre régions par rapport à la moyenne nationale est inopérant* ». D'autre part, et à supposer que cette augmentation constitue, par son ampleur, une adaptation au sens du premier alinéa de l'article 73 de la Constitution, la circonstance que la région est composée d'un seul département suffirait à justifier cette mesure au regard des caractéristiques et contraintes particulières de la Guadeloupe. Les conseillers territoriaux de la Guadeloupe devront, en effet, exercer à la fois les responsabilités afférentes aux compétences d'un conseil général et d'un conseil régional, sans partager la charge de ces dernières, comme en métropole, avec les membres d'autres conseils généraux.

En quatrième et dernier lieu, la conformité au premier alinéa de l'article 73 de la Constitution de la mesure consistant à instituer, en Guadeloupe, un mode de scrutin particulier, tel que défini plus haut, pour l'élection des conseillers territoriaux, a semblé moins certaine.

En effet, le mode de scrutin envisagé pour la Guadeloupe serait différent par sa nature de celui que le législateur a instauré pour l'ensemble des conseils généraux et régionaux. La loi du 16 décembre 2010 dispose, à cet égard, que tous les conseillers territoriaux composant les conseils généraux et les conseils régionaux sont élus au scrutin uninominal majoritaire à deux tours dans les cantons. Pour justifier la conformité au premier alinéa de l'article 73 d'un dispositif dans lequel la moitié des conseillers territoriaux de la Guadeloupe seraient élus selon ce mode de scrutin, l'autre moitié l'étant au scrutin proportionnel, il ne suffit pas de démontrer que ce mode de scrutin présente des avantages intrinsèques. Encore faut-il établir que les caractéristiques ou contraintes particulières de la Guadeloupe justifient qu'il s'applique à celle-ci et non aux régions et départements métropolitains.

De ce point de vue, l'exposé des motifs de la proposition de loi met en avant des caractéristiques et contraintes dont la spécificité est réelle : le caractère de région monodépartementale de la Guadeloupe, sa faible superficie, sa population peu nombreuse au regard des autres régions, le petit nombre de communes, l'éloignement de la métropole et la forte identification de sa population aux collectivités qui la représentent. Toutefois, aucune d'entre elles ne fonde rationnellement un dispositif dans lequel seule la moitié des conseillers territoriaux serait élue dans le cadre cantonal, l'autre l'étant au scrutin proportionnel dans l'ensemble du département. Si la mesure envisagée n'a pas pour effet d'instituer en Guadeloupe un conseil général dans lequel les cantons ne seraient plus du tout représentés et si, par suite, elle ne déroge pas au droit commun de façon aussi manifeste que la disposition déclarée contraire au premier alinéa de l'article 73 de la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 82-147 DC du 2 décembre 1982, le mode de scrutin envisagé n'en présente pas moins une différence, de nature et d'ampleur significatives, avec celui en vigueur dans les autres conseils généraux où sont exclusivement représentées, pour reprendre les termes de la décision de 1982, les « composantes territoriales du département ». [*section de l'intérieur*]

3.8.2. Collectivités régies par l'article 74 de la Constitution

3.8.2.1. Disposition statutaires

Président de la Polynésie française – Limitation du nombre de mandats consécutifs

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a disjoint un article du projet de loi organique relatif à l'amélioration du fonctionnement des institutions en Polynésie française limitant à deux le nombre de « mandats » successifs que pourraient exercer le président et le vice-président de la Polynésie française. En effet, une telle

limitation ne peut se concevoir que dans le cas d'un mandat dont la durée, fixée à l'avance, n'est pas susceptible d'être interrompue par la mise en jeu de la responsabilité de son titulaire devant une assemblée. Or, tel n'est pas le cas pour ce qui concerne le président de la Polynésie française. Au surplus, une telle disposition pourrait encourager certaines pratiques la détournant de l'objectif recherché et de nature à porter une atteinte excessive au droit de se porter candidat aux fonctions en cause. [*section de l'intérieur*]

Demande d'avis du président de l'assemblée de la Polynésie française Polynésie française – Mandat de membre du Gouvernement de la Polynésie française et mandat de membre de l'assemblée de la Polynésie française

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a été saisi par le président de l'assemblée de la Polynésie française sur l'application des articles 78 et 81 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française. [*section de l'intérieur*, avis n° 385.272, 24 mai 2011, voir *infra* page 331].

3.8.2.2. Répartition des compétences entre l'État et les collectivités d'outre-mer

Droit pénal

■ La Nouvelle-Calédonie peut assortir de peines d'amendes ou de peines complémentaires les règles qu'elle édicte dans son domaine de compétence, dans les limites prévues par l'article 86 de la loi organique statutaire du 19 mars 1999 modifiée, rappelées à l'article R. 272 du code de procédure pénale, aux termes duquel : *« En matière pénale, le congrès peut assortir les infractions aux lois du pays et à ses règlements de peines d'amendes qui respectent la classification des contraventions et délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. Il peut assortir ces infractions de peines complémentaires prévues pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. Le congrès peut également prévoir des sanctions administratives en toutes matières. »* [*section de l'intérieur*]

■ Sous réserve d'une homologation de sa délibération par la loi nationale, le congrès de Nouvelle-Calédonie peut également, en application de l'article 87 de la même loi organique statutaire, assortir les infractions aux lois du pays et aux règlements qu'il édicte de peines d'emprisonnement qui respectent la classification des délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi d'homologation, seules les peines d'amendes et les peines complémentaires éventuellement prévues par la délibération sont applicables. Toutefois, dans la mesure où la fixation d'interdictions et de prescriptions est indissociable de la définition de l'infraction, le législateur national est également compétent pour procéder à cette fixation, fût-ce dans un domaine relevant de la compétence locale. Il appartient alors à l'État et à la Nouvelle-Calédonie de coordonner leurs pouvoirs normatifs afin d'éviter des contradictions ou des doubles emplois. [*section de l'intérieur*]

Procédure pénale

Même dans les matières relevant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie, le législateur national est compétent pour fixer les règles de procédure pénale destinées à contrôler le respect de la réglementation locale. Il est également compétent pour prévoir des modalités de contrôle affectant l'exercice des libertés publiques. Dans les deux cas, il sera fait référence à la réglementation locale par la loi nationale prévoyant les procédures de contrôle et à la loi nationale par la délibération du congrès édictant les règles de fond. [*section de l'intérieur*]

Organisation judiciaire – Désignation de magistrats de l'ordre judiciaire

Si la Polynésie française est compétente, en vertu des articles 13 et 14 de la loi organique statutaire du 27 février 2004, pour réglementer la profession de notaire, elle ne l'est pas en revanche pour confier aux juridictions judiciaires ou à leurs membres, qu'ils soient du siège ou du parquet, le soin de surveiller et de sanctionner les notaires afin d'assurer le respect, par ces derniers, de leurs obligations professionnelles. De caractère juridictionnel ou non, la participation du juge judiciaire au contrôle d'une profession se rattache à l'organisation judiciaire, matière régalienne ressortissant de la compétence de l'État. Il appartient à la loi nationale de confier aux magistrats ou juridictions judiciaires la mise en œuvre des règles disciplinaires et de procédure civile afférentes à ce contrôle. Le contenu de ces règles relève, quant à lui, de la compétence locale. [*section de l'intérieur*]

Droit civil – Droit commercial – Répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a été saisi par le ministre de la justice et des libertés de l'interprétation des notions de droit civil et de droit commercial mentionnées au point 3.1.2 de l'accord de Nouméa. [*section de l'intérieur*, avis n° 385.207, 7 juin 2011, voir *infra* page 333].

Protection de l'environnement

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a été saisi d'un projet de décret relatif à la réforme de l'agrément au titre de la protection de l'environnement et à la désignation des associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique au sein de certaines instances. Il a relevé que si, en application des dispositions de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, l'environnement est une matière relevant de la compétence respectivement des provinces en Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française, les dispositions du projet de décret relatives à la réforme de l'agrément des associations au titre de la protection de l'environnement concernent « *les conditions essentielles d'exercice de la liberté d'association* » (CE 29 avril 1994, Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie, n° 119562) et reconnaissent aux associations agréées un intérêt à agir contre toute décision administrative ayant un rapport direct avec leur objet et leurs activités statutaires et produisant des effets dommageables pour l'environnement sur tout ou partie du territoire pour lequel elles bénéficient de l'agrément. Il a, par suite, considéré que ces dispositions sont relatives à la liberté d'association et à la procédure administrative contentieuse, matières qui, en application des lois organiques susmentionnées, relèvent de la compétence de l'État. En revanche, les dispositions concernant la désignation des associations agréées, organismes et

fondations reconnues d'utilité publique au sein de certaines instances nationales, régionales et départementales ayant vocation à examiner les politiques d'environnement et de développement durable sont relatives à l'environnement. Par suite, elles ne relèvent pas de la compétence de l'État. Dès lors, elles n'ont pas été rendues applicables à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française. [*section des travaux publics*]

Demande d'avis du président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie – Bioéthique – Répartition des compétence entre l'État et la Nouvelle-Calédonie

Le Conseil d'État (section sociale), saisi en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie par le président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et relative à la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie dans le domaine de la bioéthique. [*section sociale,* avis n° 385.380, 19 juillet 2011, voir *infra* page 337].

Demande d'avis du président de la Polynésie française – Réglementation des notaires, des professions juridiques et judiciaires hors avocats – Répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a été saisi d'une demande d'avis du président de la Polynésie française relative à la répartition des compétences entre la Polynésie française et l'État dans la mise en œuvre de la réglementation des notaires et, plus largement, dans la réglementation des professions juridiques et judiciaires, hors avocat [*section de l'intérieur,* avis n° 385.488, 19 juillet 2011, voir *infra* page 339].

Demande d'avis du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie – Droit applicable à la protection juridique des majeurs – Répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a été saisi d'une demande d'avis du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie sur le droit applicable en Nouvelle-Calédonie à la protection juridique des majeurs, notamment en cas de vacance de tutelle, et la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces dans la mise en place des mesures prévues au titre II de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, notamment dans l'institution des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et l'accompagnement social des majeurs protégés [*section de l'intérieur,* avis n° 384.983, 22 mars 2011, voir *infra* page 328].

3.8.2.3. Élections

Nouvelle-Calédonie – Possibilité de faire obstacle à une manœuvre électorale afin d'assurer le respect de l'accord de Nouméa

Conformément au point 2.3 de l'accord de Nouméa, le Gouvernement de Nouvelle-Calédonie est élu par le congrès, à la proportionnelle, entre listes présentées par les groupes politiques. L'effectif du Gouvernement est, en vertu de l'article 109 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, fixé par délibération du congrès préalablement à l'élection. Afin de préserver dans le temps le caractère « pluriel » du Gouvernement, l'article 121 de cette loi organique prévoit que, lorsqu'un membre du Gouvernement cesse ses fonctions, il est remplacé par le candidat suivant de la liste sur laquelle il a été élu (mécanisme dit du « tapis roulant »). Au cas où la vacance ne pourrait être assurée de cette façon, l'ensemble du Gouvernement est démissionnaire de plein droit et une nouvelle élection est organisée.

Ce mécanisme a été détourné, au début de l'année 2011, par un groupe politique dont les membres démissionnaient en bloc après chaque élection du Gouvernement, aux seules fins de paralyser le fonctionnement de l'exécutif.

Pour faire échec à une telle pratique, qualifiée de « manœuvre » par une décision du Conseil d'État statuant au contentieux du 8 avril 2011, tout en respectant l'esprit et la lettre de l'accord de Nouméa, le Conseil d'État a admis que la loi organique puisse prévoir, d'une part, que, si une démission de plein droit du Gouvernement a eu lieu au cours des dix-huit mois précédents en raison d'une démission en bloc, et si le nombre de postes gouvernementaux laissés vacants est inférieur à la moitié, le Gouvernement pourra se maintenir en fonctions sans être complet ; d'autre part, qu'il pourra alors être complété à tout moment par les partis dont les représentants démissionnaires ont provoqué le blocage du mécanisme du « tapis roulant », ces partis déposant à cet effet une liste complète selon les modalités prévues par l'article 110 de la loi organique statutaire pour l'enregistrement des listes de candidats. [*section de l'intérieur*]

Polynésie française – Assemblée – Mode de scrutin

Le projet de loi organique retient, pour l'élection des représentants à l'assemblée de la Polynésie française, un scrutin de liste à deux tours, dans le cadre de cinq circonscriptions. Un tiers des sièges revient, dans chaque circonscription, à la liste ayant recueilli une majorité absolue des suffrages au premier tour ou étant arrivée en tête au second tour. Les autres sièges sont répartis à la représentation proportionnelle entre les listes en présence. La circonscription des îles de la Société est subdivisée en quatre sections.

Le projet du Gouvernement prévoyait que, dans la circonscription des îles de la Société, la « prime majoritaire » d'un tiers des sièges, soit quinze sièges sur les quarante-cinq attribués à cette circonscription, était répartie entre les quatre sections à raison de quatre sièges sur treize pour la première, cinq sièges sur treize pour la deuxième, trois sièges sur onze pour la troisième et trois sièges sur huit pour la quatrième. Le Conseil d'État a considéré qu'une telle répartition créait des inégalités entre les sections qui n'étaient ni justifiées de manière objective et rationnelle, ni fondées sur un motif d'intérêt général. Le Conseil lui a substitué une répartition fondée sur le tiers des sièges revenant à chaque section arrondi au nombre entier le plus proche (soit quatre sièges pour chacune des trois premières sections et trois sièges pour la quatrième).

Le projet fixait, dans chaque circonscription, à 12,5 % des électeurs inscrits le nombre de voix obtenu au premier tour, en deçà duquel une liste ne peut se présenter seule au second tour. Un seuil aussi élevé, s'il a été admis dans le cadre de scrutins majoritaires uninominaux, serait sans précédent pour un scrutin de liste dans le cadre duquel la répartition des sièges est effectuée de façon prépondérante à la représentation proportionnelle. S'il est loisible au législateur, lorsqu'il fixe des règles électorales, d'arrêter des modalités tendant à favoriser la constitution d'une majorité stable et cohérente, toute règle qui affecterait l'égalité entre électeurs ou candidats dans une mesure disproportionnée au regard de cet objectif, méconnaîtrait le principe du pluralisme des courants d'idées et d'opinions, lequel est un fondement de la démocratie. En l'espèce, la conciliation entre le

respect du pluralisme et la recherche de la stabilité institutionnelle serait plus sûrement et non moins utilement assurée par un seuil de 10 % des inscrits. Dès lors, le Conseil d'État a substitué ce seuil à celui prévu par le Gouvernement. [*section de l'intérieur*]

3.8.2.4. Loi du pays

Portée du contrôle du Conseil d'État en matière de loi de validation d'un acte administratif

Lors de l'examen du projet de loi du pays portant validation de la délibération n° 116/CP du 26 mai 2003 relative à la régulation des importations de viandes et abats en Nouvelle-Calédonie, le Conseil d'État (section des finances) a rappelé que le législateur peut valider un acte administratif, mais dans les conditions précisées par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999. Sont notamment exigés un but d'intérêt général suffisant, le respect des décisions de justice ayant force de chose jugée, celui du principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions. Enfin, la portée de la validation doit être strictement définie, sous peine de méconnaître l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En outre, le Conseil constitutionnel a jugé, par sa décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2000, que le législateur ne peut valider un acte dont le juge administratif est saisi qu'à la condition que la portée de cette validation soit strictement définie, eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie et qu'elle n'ait notamment pas pour effet d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé, quelle que soit l'illégalité invoquée par les requérants.

Le Conseil d'État a considéré que le contrôle de la conformité à la Constitution du projet de loi du pays qu'il lui incombe d'exercer, doit aller de pair avec celui de la compatibilité du texte qui lui est soumis avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Constatant que la validation envisagée répond aux quatre objectifs de protection de l'emploi local, de rééquilibrage, de développement des terres coutumières et de contrôle des outils de développement qui sont énoncés dans l'accord de Nouméa, le Conseil d'État a considéré que la dérogation apportée au principe de valeur constitutionnelle de la liberté du commerce et de l'industrie était en l'espèce justifiée, dès lors que la validation envisagée répondait à un but d'intérêt général suffisant qui s'appréciait au regard des orientations de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 auxquelles le Conseil constitutionnel a reconnu valeur constitutionnelle par sa décision n° 1999-410 DC du 15 mars 1999 (loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie). [*section des finances*]

Nouvelle-Calédonie – Pouvoir réglementaire – Répartition entre le congrès et le Gouvernement de Nouvelle-Calédonie

Saisi d'un projet de loi du pays de la Nouvelle-Calédonie portant diverses dispositions d'ordre douanier, le Conseil d'État (section des finances) a notamment approuvé la disposition de ce texte renvoyant au congrès de la Nouvelle-Calédonie le soin de fixer, par la voie d'une délibération réglementaire, les modalités d'application de l'une des dispositions de la loi du pays prévoyant l'affectation partielle du produit de la taxe sur les produits pétroliers et de la taxe additionnelle sur les produits pétroliers au Syndicat mixte des transports urbains du Grand Nouméa et au Syndicat mixte des transports interurbains.

En application des dispositions de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, le pouvoir réglementaire est partagé, au sein de cette collectivité, entre le congrès, qui l'exerce en adoptant des délibérations dans des domaines ne ressortissant pas au domaine réservé des lois du pays, et le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, qui l'exerce en adoptant des arrêtés réglementaires qu'il prend, soit dans les matières énumérées à l'article 127 de la loi organique, soit afin de mettre en œuvre les actes du congrès, lorsqu'il y a été spécialement habilité par cette assemblée conformément à l'article 126 de la loi organique.

Il résulte de ces dispositions de la loi organique, telles qu'éclairées par ses travaux préparatoires, que si le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie est investi d'un pouvoir réglementaire d'application des lois du pays, ce pouvoir n'est ni général ni exclusif, de sorte que rien ne s'oppose à ce que le congrès de la Nouvelle-Calédonie décide, lorsqu'il adopte une loi du pays dans l'une des matières relevant du domaine défini à l'article 99 de la loi organique, de s'habiliter lui-même à fixer ultérieurement, par l'adoption d'une délibération à caractère réglementaire, les modalités d'application des dispositions de cette loi. [*section des finances*]

3.8.3. Consultation des collectivités d'outre-mer

Nouvelle-Calédonie – Obligation de consultation du comité du commerce extérieur

Saisi d'un projet de loi du pays de la Nouvelle-Calédonie portant diverses dispositions d'ordre douanier, le Conseil d'État (section des finances) a relevé que le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie avait satisfait à son obligation de consulter le comité du commerce extérieur de cette collectivité sur son projet de loi. En effet, le comité du commerce extérieur doit être obligatoirement consulté, en application de l'article 5 de la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 du congrès de la Nouvelle-Calédonie relative aux protections de marché, sur tout projet ou proposition se rapportant notamment à la réglementation applicable en matière de commerce extérieur et aux mesures de restrictions quantitatives ou de protections tarifaires destinées à protéger la production locale. Dès lors, et alors même que cette consultation obligatoire est prévue par un texte de nature réglementaire, les dispositions du projet de loi du pays aménageant le régime de la taxe conjoncturelle de protection de la production locale et de la taxe de soutien aux productions agricoles et agroalimentaires, qui constituent des mesures de protection tarifaire destinées à restreindre l'importation des produits concurrents de ceux fabriqués ou élaborés en Nouvelle-Calédonie, devaient bien être soumises à l'examen du comité du commerce extérieur. [*section des finances*]

3.9. Relations internationales et conventions internationales

3.9.1. Champ d'application de l'article 53 de la Constitution

Accord n'engageant pas les finances de l'État

Saisi du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du royaume d'Espagne dans le domaine des situations d'urgence, de la protection et de la sécurité civiles, signé à Madrid le 28 avril 2009, le Conseil d'État a précisé le sens qu'il conférait au membre de phrase de l'article 53 de la Constitution « *accord engageant les finances de l'État* ». Il résulte de la jurisprudence des formations administratives du Conseil d'État, précisée en dernier lieu par l'assemblée générale du 8 janvier 2009, que les traités ou accords qui « *engagent les finances de l'État* », au sens de l'article 53 de la Constitution, sont ceux qui créent une charge financière certaine, directe et immédiate pour l'État. La mention, dans certains traités ou accords, selon laquelle les dépenses en cause s'effectueront « *dans la limite des disponibilités budgétaires* » des parties est sans incidence sur l'appréciation à porter au regard du champ d'application de l'article 53. Le Conseil d'État a précisé son interprétation des mots « *accord engageant les finances de l'État* ». Il a considéré que, lorsque les charges financières impliquées par un accord n'excèdent pas, compte tenu de leur nature et de leur montant limité, les dépenses de fonctionnement courant incombant normalement aux administrations dans le cadre de leurs compétences habituelles, elles ne peuvent être regardées comme « *engageant les finances de l'État* », au sens de l'article 53 de la Constitution. Dès lors, cet accord pouvait être approuvé sans autorisation préalable de la loi. [*section des finances*]

Cette nouvelle acception a été confirmée à l'occasion de l'examen du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République italienne relatif à la double délivrance du diplôme du baccalauréat et du diplôme de l'*Esame di Stato*.

Traités ou accords relatifs à l'organisation internationale

Le Conseil d'État (section des finances), saisi du projet de loi autorisant la ratification de la Convention relative à l'Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar (ASECNA), lui a donné un avis favorable, estimant que cet accord relevait de l'article 53 de la Constitution en tant qu'accord « relatif à l'organisation internationale ». En effet, l'ASECNA est un « établissement public international », elle est dotée de la personnalité juridique, elle jouit de l'autonomie financière, elle assure une mission de service public de sécurité de la navigation aérienne, elle dispose pour ce faire de ressources propres, notamment de redevances perçues auprès des usagers et elle est dotée par l'accord de toutes les compétences nécessaires pour assurer sa mission de service public. [*section des finances*]

3.9.2. Contrôle de constitutionnalité

Collectivités territoriales – Compétence pour conclure des accords avec des États étrangers

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi autorisant l'approbation du protocole n° 3 à la convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales relatif aux groupements euro régionaux de coopération (GEC), élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe. La coopération transfrontalière des collectivités territoriales intéresse également l'Union européenne et, dès le 5 juillet 2006, le groupement européen de coopération territoriale (GECT) avait été prévu par le règlement n° 1082/2006 du 5 juillet 2006, mis en œuvre en droit national par la loi du 16 avril 2008. Il a été considéré que, pour que le Conseil d'État puisse donner un avis favorable à un projet de loi autorisant la ratification ou l'approbation d'un engagement international qui, tel que celui qui lui était soumis, permet à des collectivités territoriales françaises de conclure des accords instituant des groupements de coopération non seulement avec des autorités territoriales d'États étrangers, mais également avec des États membres du Conseil de l'Europe, il est en particulier nécessaire que cet engagement, par lui-même comme par les accords dont il permet la conclusion, satisfasse trois conditions : en premier lieu, il ne doit pas comporter de clause contraire à la Constitution ; en particulier, il ne saurait méconnaître les règles fixées par son Titre VI qui définit notamment les compétences respectives du président de la République, du Gouvernement et du Parlement ; en deuxième lieu, il doit respecter le principe de valeur constitutionnelle selon lequel la conduite des relations extérieures de la France relève exclusivement de l'État ; en troisième lieu et enfin, il ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale. À ce dernier titre, il ne doit pas directement ou par les accords dont il permet la conclusion affecter les compétences de l'État ; il ne peut permettre que la conclusion d'accords ayant un objet limité et il est impératif que de tels accords soient soumis à un strict contrôle de l'État. [*section des finances*]

Entrée en vigueur d'une convention internationale – Date de la signature – Rétroactivité

Comme il l'a déjà fait à plusieurs reprises, le Conseil d'État, à l'occasion de l'examen du projet de loi autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne relatif à la Brigade franco-allemande, a rappelé au Gouvernement le caractère critiquable de la pratique consistant à prévoir une application à titre provisoire d'une convention internationale ou d'un accord à compter de la date de sa signature, et non de celle de sa ratification lorsqu'elle est requise. Outre qu'elle préjuge, pour les accords qui entrent dans le champ d'application de l'article 53 de la Constitution, la délibération du Parlement, une telle pratique confère un caractère rétroactif à la ratification ou à l'approbation, alors que ces conventions ou accords peuvent être de nature à affecter les droits et obligations des particuliers et qu'une telle rétroactivité peut être inconciliable avec les exigences constitutionnelles. [*section des finances*]

3.9.3. Contrôle de conventionnalité

Protection des droits des personnels civils et militaires français en mission à l'étranger

■ Le Conseil d'État a été saisi pour la seconde fois d'un projet de loi autorisant l'approbation de l'accord signé le 26 mai 2009 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Émirats arabes unis relatif à la coopération en matière de défense ainsi que d'un échange de lettres signé le 15 décembre 2010 relatif à l'interprétation de cet accord. Examinant une première fois cet accord le 18 mars 2010, le Conseil d'État avait estimé que ses stipulations ne comportaient pas, en l'état, les garanties essentielles à la protection des droits des personnels civils et militaires français en mission dans les Émirats arabes unis et des personnes à leur charge. Il avait relevé, à cet égard, que l'accord ne reconnaissait pas à la partie française le droit de déterminer si l'infraction avait été commise dans le cadre du service et que la priorité de juridiction de l'État d'envoi n'était pas applicable en pareil cas, dès lors qu'un ressortissant de l'État d'accueil ou d'un État tiers était impliqué. Le Conseil d'État avait également souligné que l'accord de défense n'ouvrait aux autorités françaises ni pouvoir de proposition d'une peine de substitution acceptable, lorsqu'un ressortissant français avait été condamné en application de la législation émirienne, ni procédure permettant de régler le sort de la personne condamnée, au cas où l'autre partie n'accepterait pas la peine de substitution proposée, en particulier lorsque aurait été prononcée une peine de mort. Il avait alors recommandé de procéder à un échange de lettres précisant cet accord de défense et assurant un niveau de garantie satisfaisant. Cet échange est intervenu le 15 décembre 2010. Il complète et précise l'accord de défense, à la suite de l'avis rendu par le Conseil d'État le 18 mars 2010. Il comporte plusieurs interprétations des stipulations de cet accord. En premier lieu, l'échange de lettres précise que la décision de l'État d'accueil sur le point de savoir si l'infraction poursuivie doit être considérée comme commise dans le cadre du service, auquel cas la priorité de juridiction appartient en principe à l'État d'envoi, est adoptée selon des modalités procédurales acceptables. En second lieu, il est indiqué que l'État d'envoi peut faire connaître à l'État d'accueil la peine qui serait encourue en vertu de sa législation pour les mêmes chefs d'infraction. Dans le cas où une peine inapplicable en vertu de cette législation aurait été prononcée, l'État d'envoi pourra proposer une peine de substitution. Si celle-ci n'est pas acceptée par l'État d'accueil, ce dernier appliquera, dans un délai raisonnable, une peine d'amende ou d'emprisonnement. Ces aménagements permettent, dès lors qu'ils seront mis en œuvre de bonne foi comme les principes du droit international l'imposent, non de supprimer mais d'atténuer les difficultés relevées lors du premier examen de cet accord. En outre, des progrès plus notables ont été relevés sur la question essentielle des peines pouvant être appliquées aux ressortissants français jugés par une juridiction des Émirats arabes unis. C'est au vu de l'ensemble de ces éléments que le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, a estimé pouvoir donner un avis favorable au projet de loi. [*section des finances*]

Saisi d'un projet de loi autorisant l'approbation d'un accord instituant un partenariat de défense entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Union des Comores, le Conseil d'État (section des finances) a émis un avis favorable en relevant, dans le droit fil des développements qui précèdent, que, dans l'hypothèse du cadre du service, à la différence de l'Accord de défense avec les Emirats arabes unis ci-dessus exposé, l'Accord avec l'Union des Comores ne comporte pas d'exception à la priorité de juridiction de l'État d'envoi, si une partie à l'instance du pays d'accueil ou d'un pays tiers est impliqué. En outre, il a expressément relevé qu'en application des stipulations de cet accord, aucune peine contraire aux engagements résultant des engagements internationaux signés par la France ne pouvait être ni prononcée ni même requise. [*section des finances*]

3.9.4. Échange de données à caractère personnel

Niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes

Saisi du projet de loi autorisant l'approbation de l'Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la république du Kazakhstan relatif à la coopération en matière de lutte contre la criminalité, le Conseil d'État a relevé que, dans la mesure où l'accord n'exclut pas explicitement les échanges de données à caractère personnel et où le Kazakhstan n'assure pas un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes à l'égard du traitement dont ces données font l'objet, il est impératif que toute transmission de données s'opère dans le respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. [*section des finances*]

3.10. Traitement de données à caractère personnel

Pouvoirs de contrôle et de sanction de la CNIL

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a examiné un projet de décret pris en application des modifications apportées à la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés par la loi du 29 mars 2011 relative au défenseur des droits. Ces nouvelles dispositions, conformément à l'avis du Conseil d'État du 25 novembre 2010, prenant en compte l'arrêt de la CEDH *Dubus SA c/ France* du 11 juin 2009, séparent fonctionnellement les organes de contrôle et de sanction au sein de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Afin d'écarter toute suspicion de « pré-jugement », la loi du 29 mars 2011 ne permet pas au président de la CNIL de siéger au sein de la formation restreinte statuant en matière de sanctions. Le projet de décret en tire les conséquences. Il fixe, en outre, cette fois en prenant en compte l'arrêt de la CEDH *Ravon c/ France* du 21 février 2008, la procédure selon laquelle se déroule une visite de locaux

privés sur le fondement de l'article 44 de la loi du 6 janvier 1978. Il comporte enfin diverses autres modifications des règles d'organisation et de fonctionnement de la CNIL. [*section de l'intérieur*]

Traitement automatisé de gestion des dossiers des ressortissants étrangers – Adéquation avec les objectifs de l'application – Données relatives à une interdiction de retour sur le territoire français

Au nombre des objectifs poursuivis par le traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « AGDREF2 » (*Application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France*) par l'article R. 611-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans sa rédaction issue du décret n° 2011-638 du 8 juin 2011 (relatif à l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France et aux titres de séjour et aux titres de voyage des étrangers), figure celle de « *lutter contre l'entrée et le séjour irréguliers en France des ressortissants étrangers* » et, « *à cet effet, de permettre aux services centraux et locaux du ministère dont relève le traitement d'assurer l'instruction des demandes de séjour des ressortissants étrangers* ».

Au regard de cette finalité, le pouvoir réglementaire peut prévoir que le dossier contenant des données relatives à une interdiction de retour sur le territoire français prononcée en application du 3 de l'article L. 511-1 du même code (dans sa rédaction issue de l'article 37 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité) est effacé au terme d'un délai de cinq ans à compter de l'expiration du délai de validité de l'interdiction, si ce dossier n'a fait l'objet d'aucune mise à jour durant cette période.

Tant que l'interdiction demeure en vigueur, l'intéressé ne peut en effet présenter utilement une demande de visa ou de titre de séjour. Pendant les cinq années suivantes, l'autorité compétente pour statuer sur une demande de visa pourra légalement tenir compte des mesures d'éloignement dont l'intéressé a pu faire l'objet dans un passé encore récent, car il appartient à cette autorité, parmi les différents éléments à prendre en compte pour décider de la délivrance d'un visa, d'apprécier le risque que le futur séjour en France du demandeur ne soit pas régulier et paisible. [*section de l'intérieur*]

Traitements poursuivant plusieurs objets

Dans l'hypothèse où un même traitement poursuit plusieurs objets, dont l'un seulement relève des dispositions imposant de recourir au décret en Conseil d'État, il a été considéré que le mode d'autorisation le plus protecteur était requis pour l'ensemble du traitement. Par exemple, le traitement assurant la gestion des extractions et transfèrements de personnes incarcérées prévoit l'enregistrement de données à caractère personnel relatives, d'une part, aux détenus, à leur classification et à leur santé et, d'autre part, aux services et aux autorités administratives et judiciaires qui assurent l'extraction ou le transfèrement. Seules les premières données relèvent des dispositions des articles 8 et 26 de la loi du 6 janvier 1978. Toutefois, le lien de connexité entre les diverses composantes de l'application a été regardé comme justifiant le recours au décret en Conseil d'État pour l'ensemble des autres données traitées. [*section de l'intérieur*]

Fondement légal des traitements de données informatisées

Le Conseil d'État a été saisi d'une succession de projets de décret de contenu fort proche : traitement « Dialogue » pour les personnels du ministère de l'Intérieur ; traitement « Rhapsodie » pour les personnels de la marine nationale ; traitement « Orchestra » pour les personnels du ministère des affaires étrangères, traitement « Arhmonie » pour les personnels de santé des Armées. Certains de ces traitements, comme « Dialogue », existaient depuis plusieurs années, régulièrement institués par arrêté ministériel sur la base d'un décret transversal les autorisant, le décret n° 91-1404 du 27 décembre 1991 pris en application de l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

À cette occasion, la section de l'administration s'est prononcée sur la possibilité, pour le Gouvernement, de continuer à se fonder sur le décret n° 91-1404 du 27 décembre 1991, pour réaménager, par arrêté, divers traitements automatisés de paie et de gestion de personnel incluant le numéro d'inscription au répertoire national d'identification des personnes physiques. En effet, les prescriptions de l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978 ont été substantiellement élargies par la loi du 6 août 2004. Le Conseil d'État a considéré, d'une part, que, pour les traitements déjà autorisés, leurs modifications substantielles devaient les faire regarder comme constituant des traitements nouveaux et impliquant, par suite, un régime d'autorisation et, d'autre part, que le décret du 27 décembre 1991 ne pouvait plus constituer la base légale d'une telle autorisation. En effet, ce décret était incomplet au regard des nouvelles prescriptions de l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978, dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2004.

Le Conseil d'État a rappelé au Gouvernement l'intérêt qui s'attacherait à l'élaboration d'un décret-cadre autorisant les traitements automatisés du type de ceux qui lui étaient soumis aux fins d'éviter d'être à nouveau saisi, vraisemblablement de façon croissante, de projets de décret autorisant de tels traitements spécifiques.

Enfin, le Conseil d'État a veillé à ce que soient clairement distingués, d'une part, les agents habilités à enregistrer et à modifier tout ou partie des données et, d'autre part, ceux, plus nombreux, habilités à les consulter. Les dispositions relatives à la mise en relation des traitements concernés avec d'autres traitements ont également fait l'objet d'une attention particulière. Ces mises en relation ne constituent pas des interconnexions, au sens de la jurisprudence du Conseil d'État statuant au contentieux (CE, 19 juillet 2010, *M. Fristot et Mme Charpy*, n° 317182), puisqu'elles se limitent à des données dont le recueil a été déclaré pour chacun d'eux et n'élargissent pas le champ de collecte de l'un ou de l'autre des traitements. Toutefois, ces mises en relations, dès lors qu'elles permettent à certaines administrations, autres que le service gestionnaire, de connaître de données nombreuses et connexes concernant les agents, par exemple les sanctions prononcées à leur encontre, doivent répondre à une véritable nécessité. [*section de l'administration*]

3.11. Union européenne

3.11.1. Compétence exclusive ou partagée de l'Union européenne et de ses États membres

Adhésion de la France à un accord international auquel l'Union européenne est déjà partie

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi autorisant la ratification de l'accord relatif aux pêches dans le sud de l'océan Indien ayant pour objet de créer une organisation régionale de gestion des pêches, chargée de la gestion durable des ressources halieutiques dans cette zone maritime pour les espèces non thonières. Il a relevé que, en application de l'article 3-1 d) du TFUE, l'Union européenne détient une compétence exclusive en ce qui concerne la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche, y compris la conclusion des accords internationaux, ce qui justifie que l'Union européenne soit partie à l'accord. Toutefois, il a considéré que la France, dès lors qu'elle possède des territoires côtiers dans la zone couverte par cette convention, lesquels ne font pas partie du territoire de l'UE selon l'annexe 2 au TFUE, peut également adhérer à cet accord au titre de ses compétences propres. [*section des finances*]

3.11.2. Notification à la Commission européenne

Aides d'État – Mesures ne constituant pas des aides d'État

À l'occasion de l'examen de deux projets de décret relatifs à la rémunération des réseaux collecteurs du livret A et du livret de développement durable, au régime de centralisation des dépôts collectés ainsi qu'à la rémunération du livret d'épargne populaire, le Conseil d'État (section des finances) a considéré, au vu des éléments d'analyse économique fournis par le Gouvernement, que la conservation par les réseaux collecteurs d'une partie de la collecte de ces produits d'épargne défiscalisés, rendue attractive pour l'épargnant par l'avantage fiscal associé et par la garantie de l'État, n'était pas constitutive d'un avantage sélectif au profit des opérateurs économiques, au sens de la réglementation sur les aides d'État de l'Union européenne. Lors de l'examen des mêmes projets, le Conseil d'État a estimé que la commission versée aux réseaux pour la part centralisée de la collecte, fixée au taux unique de 0,5 % après le 1er mai 2022 et au taux maximal de 0,553 % durant la période de convergence, soit, dans les deux cas, à un taux inférieur au taux actuel de 0,6 %, n'était pas susceptible d'être critiquée au titre d'une éventuelle surcompensation du service d'intérêt économique général (SIEG) que constitue le financement du logement social. Dès lors, ce régime qui n'était pas constitutif d'une aide d'État, les projets de texte n'avaient pas à être notifiés à la Commission européenne, préalablement à leur examen, en application de la procédure prévue à l'article 108 §3 TFUE. [*section des finances*]

3.11.3. Information de la Commission européenne

Normes techniques – Exigence de communication préalable à la Commission européenne

■ À l'occasion de l'examen du projet de décret relatif à l'attribution du label « entreprise du patrimoine vivant », le Conseil d'État (section des finances) a relevé que ce label n'entre pas dans la catégorie des « normes techniques », au sens de la directive 98/34 CE du 22 juin 1998, dès lors qu'il ne constitue qu'un système purement récognitif de qualités préexistantes. [*section des finances*]

■ À l'occasion de l'examen du projet de décret relatif à la sécurité des machines à laver et essoreuses mises à disposition du public, le Conseil d'État s'est interrogé sur le point de savoir si ce projet, qui prévoit que les machines d'ancienne génération ne pourraient plus être mises à la disposition du public au plus tard en juillet 2013 et que doit être apposé sur ces mêmes machines un pictogramme attirant l'attention des parents sur la nécessaire surveillance des enfants dans les laveries automatiques, devait être notifié à la Commission européenne, en application de la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998. Le Conseil a relevé que ce projet ne contenait aucune « spécification technique » ou « autre exigence », au sens de cette directive, puisque les obligations qu'il fixe ne sont pas de nature à influencer la composition ou la commercialisation du produit. En outre, il a considéré que la directive ne s'appliquait pas aux mesures que les États membres estiment nécessaires pour assurer la protection des personnes lors de l'utilisation de produits. Par suite, le Conseil d'État a considéré que le projet n'avait pas à faire l'objet d'une communication à la Commission européenne. [*section des finances*]

3.11.4. Libre circulation des personnes et liberté d'établissement

Prise en compte des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne – Méconnaissance du principe de la liberté d'établissement – Absence

Saisi d'un article du premier projet de loi de finances rectificative pour 2011, prévoyant l'imposition des plus-values latentes sur droits sociaux et valeurs mobilières lors du transfert par les contribuables de leur domicile fiscal hors de France (régime dit de l' « *exit tax* »), le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, lui a donné un avis favorable. En effet, il a estimé que le dispositif envisagé, dans la mesure où il ne se traduisait pas par une imposition immédiate des plus-values et où le report d'imposition n'était soumis à aucune condition, n'était pas constitutif de l'atteinte au principe de la liberté d'établissement censurée par la Cour de justice, dans un arrêt du 11 mars 2004 (affaire C-9/02 Hughes de Lasteyrie du Saillant) rendu sur question préjudicielle du Conseil d'État, dans le litige opposant l'administration fiscale à un contribuable. Le Conseil d'État a relevé que, contrairement au dispositif issu de l'article 24 de la loi de finances du 30 décembre 1988 qui avait conduit à cet arrêt préjudiciel de la Cour, le nouveau régime envisagé respecte cette jurisprudence, d'ailleurs rappelée dans la communication de la Commission européenne du 19 décembre 2006. [*section des finances*]

Taxe sur les résidences secondaires des non-résidents – Discrimination portant atteinte au principe de libre circulation et de libre établissement

Le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, a disjoint un article du premier projet de loi de finances rectificative pour 2011 instituant une taxe sur les résidences secondaires des non-résidents. Si le Gouvernement justifiait cette nouvelle imposition par la nécessité de faire contribuer les personnes physiques qui n'ont pas leur domicile fiscal en France au financement des services publics nationaux dont elles bénéficient à raison des immeubles d'habitation qu'elles y possèdent, comme elles contribuent au financement des services publics locaux par les impôts locaux qu'elles acquittent à raison de ces mêmes immeubles, le Conseil d'État a estimé que, fondée sur un critère de résidence, cette taxe pèsera plus particulièrement sur les non-nationaux. Par suite, il a considéré que la taxe frapperait des ressortissants d'autres États membres de l'Union européenne, alors que les personnes résidant en France, en majorité des Français, n'y seraient pas soumises. Par suite, elle présenterait un caractère discriminatoire de nature à porter atteinte aux principes de libre circulation et de libre établissement au sein de l'Union européenne, ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne l'a jugé, par un arrêt du 20 janvier 2011, dans une affaire voisine, s'agissant d'une disposition fiscale de la Grèce portant exonération d'une taxe sur les mutations de biens immobiliers au bénéfice des seuls résidents permanents de ce pays (affaire C-155/09). [*section des finances*]

3.11.5. Transposition de directives de l'Union européenne

Le Conseil d'État a connu une forte activité en matière de transposition de directives de l'Union européenne au cours de l'année écoulée. C'est ainsi, par exemple, que la section des travaux publics a eu à connaître de textes assurant la transposition du « paquet énergie », du « paquet télécommunications », du « paquet Erika 3 » dans le domaine maritime, des directives en matière de redevances aéroportuaires, de la directive déchets, de celle concernant les énergies renouvelables, ou encore de l'adaptation de la réglementation nationale aux règlements européens.

Ordonnances de transposition – Études d'impact – Exigence non requise

Le Conseil d'État, saisi d'un projet d'ordonnance portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines du transport et de la sécurité maritimes, a considéré que, dès lors qu'il résulte de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, que seuls les projets de loi, et non les projets d'ordonnance, doivent obligatoirement faire l'objet d'une étude d'impact, il en va ainsi même si l'habilitation sur le fondement de laquelle le Gouvernement envisage de prendre une ordonnance, n'a elle-même pas fait l'objet d'une étude d'impact, soit qu'elle résulte d'une proposition de loi, soit qu'elle soit issue d'un amendement à un projet de loi introduit au cours de l'examen du projet par le Parlement. [*section des travaux publics*]

Transposition d'une directive de l'Union européenne – Dispositions transitoires

La partie législative du code de l'énergie transpose notamment deux directives qui interdisent aux employés et aux responsables de la direction des sociétés gestionnaires de réseau de transport de détenir des intérêts dans les autres composantes de l'entreprise verticalement intégrée et d'en recevoir des avantages financiers. En outre, elles prohibent toute rémunération non liée aux résultats de l'entreprise gestionnaire de réseaux de transport. Afin de pallier l'absence de toute disposition prévoyant les modalités d'application de ces règles nouvelles et d'effet immédiat aux situations en cours et de concilier cette application avec les principes généraux du droit de l'Union européenne, au nombre desquels figurent non seulement le principe de sécurité juridique, mais aussi le droit au respect des biens garantis par l'article premier du premier Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil d'État, au rapport de la section des travaux publics, a considéré, aux fins de respecter pleinement les engagements européens de la France, qu'il était possible d'assortir ces normes de dispositions transitoires dans la stricte mesure où elles étaient nécessaires. [*section des travaux publics*]

Absence de tableau de transposition ou de concordance – Risques inhérents aux transpositions partielles

À l'occasion de l'examen d'un article fiscal du quatrième projet de loi de finances rectificative pour 2011, et après avoir relevé qu'une loi de finances ne constitue pas un vecteur approprié pour transposer en droit national une directive complexe, alors surtout que l'évaluation préalable accompagnant cet article est lacunaire, le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, a formulé deux observations. En premier lieu, il a déploré une nouvelle fois l'absence de tout tableau de transposition ou de concordance à l'occasion de la transposition de la directive de l'Union européenne 2010/24/UE du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, d'autant que lorsqu'il est effectué en loi de finances, un tel exercice se fait dans l'urgence. Par suite, seule la présence de tels tableaux est de nature à offrir la sécurité juridique requise pour élaborer une législation de qualité. Le projet du Gouvernement a donc été modifié aux fins de le mettre pleinement en conformité avec cette directive. En second lieu, le Conseil d'État a relevé que l'une des dispositions du projet du Gouvernement transposait en outre, partiellement et par une anticipation non assortie de justification, l'article 11 de la directive 2011/16/UE du 15 février 2011, dont le délai de transposition n'expire que le 1er janvier 2013. Comme il l'avait déjà indiqué en 2007 dans l'étude intitulée *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*, le Conseil d'État a appelé l'attention du Gouvernement sur le fait que de telles transpositions partielles accroissent substantiellement le risque de procédures en manquement pour défaut de transposition ou transposition incomplète de normes de l'Union européenne. [*section des finances*]

Transposition d'une directive et refonte concomitante d'une section du code monétaire et financier

Saisi d'un projet d'ordonnance transposant la directive 2009/65/CE du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs

mobilières et à la modernisation du cadre de la gestion d'actifs, le Conseil d'État (section des finances) a admis le parti retenu par le Gouvernement consistant, d'une part, à transposer littéralement la directive dite « OPCVM 4 » et, d'autre part, à saisir cette occasion pour refondre la section du code monétaire et financier consacrée aux Organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM), en la réécrivant complètement et en en modifiant le plan, de façon à distinguer les OPCVM « coordonnés », définis comme ceux qui sont agréés conformément à la directive 2009/65, des autres OPCVM, dits « non coordonnés ». Il a été vérifié qu'en réécrivant l'ensemble des dispositions relatives aux OPCVM non coordonnés, constituant des « fonds d'investissement alternatifs » régis par la directive 2011/61/UE (dite « AIFM »), et en leur apportant certaines modifications, le projet d'ordonnance ne s'écartait pas de cette directive dont le délai de transposition n'était pas encore expiré et qu'il n'était pas susceptible de compliquer sa transposition à intervenir. Une solution différente aurait été tout à la fois contraire au principe de bonne administration et à la jurisprudence tant de la Cour de justice (CJCE, C-129/96, 18/12/1997, *Inter-Environnement Wallonie*) que de la section du contentieux (CE, 217237, 10/1/2001, *France Nature Environnement*). [*section des finances*]

3.11.6. Application des normes de l'Union européenne

Norme prévoyant la conclusion d'un traité entre la Commission européenne et les États membres

Saisi de deux projets de loi autorisant la ratification, d'une part, de l'accord de passation conjointe de marché en vue de la désignation de plateformes communes d'enchères de quotas de CO_2 et, d'autre part, de l'accord de passation conjointe de marchés en vue de la désignation par adjudication d'une instance de surveillance des enchères, le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, a été conduit à se prononcer sur la nature de ces actes. Il a considéré que ces accords, passés entre l'Union européenne, représentée par la Commission, et des États membres en vue d'organiser une procédure de passation conjointe de marchés pour désigner, pour l'un, le prestataire chargé de mettre en place et de gérer la plateforme d'enchères de quotas de CO_2 commune à vingt-quatre États membres, et, pour l'autre, le prestataire qui exercera la fonction d'instance unique de surveillance des plateformes d'enchères, présentent le caractère de « traités ou accords internationaux », au sens et pour l'application des articles 52 et suivants de la Constitution. En effet, cette qualification résulte de la qualité de leurs signataires, de leur fondement et de leur contenu. [*section des finances*]

Orientation tout au long de la vie – Label national – Directive services – Inapplicabilité aux activités de conseil et d'information professionnelle

Saisi d'un projet de décret portant création d'un label pour la mise en œuvre du service public de l'orientation tout au long de la vie, en application des dispositions de la loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle, le Conseil d'État (section sociale) a estimé que les prestations d'information et d'orientation professionnelle prévues par le projet et qui ont vocation à être gratuitement délivrées aux usagers dans les sites déterminés qui participeront à l'organisation du service public de l'orientation tout au long de la vie ne sont pas des prestations de services au sens de l'article 57 du TFUE, lesquelles ne concernent que les prestations fournies contre rémunération. En outre, ces prestations ne seront pas délivrées par des organismes disposant d'un droit exclusif en ce domaine. L'attribution d'un label à ces organismes ne fait pas obstacle à l'offre de services rémunérés délivrés par des organismes non habilités à cet effet. Par suite, la « directive services » n'est pas applicable aux activités de conseil et d'information professionnelle qui font l'objet du label créé par le projet de décret. [*section sociale*]

Foires et marchés – Directive services – Raisons impérieuses d'intérêt général – Santé publique et ordre public

Le Conseil d'État (section sociale) a été saisi d'un projet de décret relatif aux fêtes et foires visées par l'article L. 3322-9 du code de la santé publique. En effet, aux termes de cet article : « *Sauf dans le cadre de fêtes et foires traditionnelles déclarées, ou de celles, nouvelles, autorisées par le représentant de l'État dans le département dans les conditions définies par décret en Conseil d'État, ou lorsqu'il s'agit de dégustations en vue de la vente au sens de l'article 1587 du Code civil, il est interdit d'offrir gratuitement à volonté des boissons alcooliques dans un but commercial ou de les vendre à titre principal contre une somme forfaitaire.* »

L'organisation d'une fête ou d'une foire constitue une prestation de services, au sens du TFUE (articles 57 et suivants) et de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite « directive services ». Or, le paragraphe 1 de l'article 9 de cette directive dispose : « *Les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si les conditions suivantes sont réunies : a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé ; / b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général ; / c) l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle* a posteriori *interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle.* »

Le Conseil d'État a considéré que les trois conditions de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité mentionnées au paragraphe 1 de l'article 16 de la directive étaient satisfaites. En l'espèce, tant en ce qui concerne le régime de déclaration des fêtes et des foires traditionnelles que pour ce qui a trait au régime d'autorisation des fêtes et des foires nouvelles, rien dans le décret n'interdit à un prestataire de services d'un autre État membre de venir organiser une fête ou une foire, traditionnelle ou nouvelle, en France. Par suite, rien n'interdira à une collectivité territoriale d'avoir recours, pour organiser une fête ou une foire, à un prestataire situé par exemple en Belgique ou en Allemagne. Au nombre des raisons impérieuses d'intérêt général invoquées par le Gouvernement figurent la santé publique et l'ordre public. Or, ces motifs sont expressément mentionnés au 8° de l'article 4 de la directive. Dès lors, il convient d'apprécier le dispositif dans sa totalité, sans opérer de distinction entre l'interdiction et la dérogation comme l'y invite la jurisprudence de la CJUE. Enfin, les restrictions apportées par le régime de déclaration et d'autorisation prévue ont été regardées comme proportionnées à l'objectif poursuivi. En ce qui concerne les fêtes et les foires traditionnelles, elles sont soumises à un simple régime de déclaration. Pour ce

qui est des fêtes et des foires nouvelles, d'une part, le projet de décret prévoit un régime d'autorisation implicite à l'expiration d'un délai de deux mois, conformément à l'article 13, paragraphe 4 de la directive et, d'autre part, les motifs de refus sont strictement limités à ceux tirés du respect de l'ordre public, de la protection de la jeunesse et de la santé publique. Il résulte de ce qui précède que, les trois conditions susmentionnées étant satisfaites, le régime de déclaration et d'autorisation prévu par le projet de décret a été regardé comme ne portant pas atteinte à la libre prestation de services. Au surplus, la liberté d'accès des exposants aux fêtes et foires n'est pas limitée à des entreprises françaises, encore moins régionales, qu'elles soient traditionnelles ou nouvelles. Dans ces conditions, les producteurs de vin ou d'alcool des autres États membres pourront librement participer à ces fêtes et foires. [*section sociale*]

Spectacle vivant – Exigences requises par la directive services – Composition d'une commission

Le Conseil d'État veille à éviter une application de la directive services allant au-delà des exigences de cette dernière. En effet, l'article 14 de la directive services dispose : « *Les États membres ne subordonnent pas l'accès à une activité de services ou son exercice sur leur territoire au respect de l'une des exigences suivantes : […] / 6) l'intervention directe ou indirecte d'opérateurs concurrents, y compris au sein d'organes consultatifs, dans l'octroi d'autorisations ou dans l'adoption d'autres décisions des autorités compétentes, à l'exception des ordres et associations professionnels ou autres organisations qui agissent en tant qu'autorité compétente ; cette interdiction ne s'applique ni à la consultation d'organismes tels que les chambres de commerce ou les partenaires sociaux sur des questions autres que des demandes d'autorisation individuelles ni à une consultation du public* ». Saisi d'un projet de décret ayant pour effet de modifier la composition de la commission régionale instituée par l'art R. 7122-18 du code du travail dont l'avis est requis avant l'octroi d'une licence d'entrepreneur de spectacle vivant, aux fins de mettre cette commission en conformité avec cette disposition de la directive, le Conseil d'État (section sociale) a estimé que le Gouvernement n'était pas tenu de procéder à une telle modification. En effet, les représentants des entrepreneurs de spectacle dans cette commission sont nommés sur proposition de leurs organisations professionnelles. [*section sociale*]

Agences de mannequins – Notification à la Commission européenne au titre de la directive services – Absence – Communication à la Commission européenne – Exigence

Le Conseil d'État (section sociale) a examiné un projet de décret relatif aux agences de mannequins qui aménage le régime de licence existant actuellement pour le rendre conforme aux exigences de la directive services. À cette occasion, il a estimé que la notification de ce projet de texte n'était pas requise en application du point 7 de l'article 15 de cette directive. En effet, cette notification ne s'impose que pour les dispositions introduisant de nouvelles exigences postérieurement au 28 décembre 2006. Or, un texte qui réduit le champ d'une procédure d'autorisation existante en la simplifiant et qui lui substitue un dispositif de déclaration ne peut pas être regardé comme porteur d'exigences nouvelles, au sens de l'article 15. En revanche, le nouveau régime devait bien donner lieu à la communication de ce projet sur le fondement de l'article 44 de la même directive. En effet, dès lors qu'un État membre, à partir de l'évaluation généralisée prévue par la directive, estime nécessaire d'aménager ou de supprimer des dispositifs d'autorisation existants aux fins de les rendre conformes aux exigences résultant de la liberté d'établissement ou de la libre prestation de services, ce qui est le cas en l'espèce pour les licences des agences de mannequins, le dispositif juridique qu'il met en œuvre à cet effet doit s'analyser en un acte de transposition de la directive et appelle, à ce titre, une communication à la Commission européenne. [*section sociale*]

Agents artistiques – Directive services – Exigences en matière d'enregistrement, d'agrément et de certification

En matière d'activités de placement privé payant, la profession d'agent artistique n'est pas la seule soumise à un encadrement, d'ailleurs justifié par la convention n° 96 de l'Organisation internationale du travail (OIT). Tel est aussi le cas des agences de mannequins (art L. 7123-11 du code du travail), des agents sportifs (loi du 9 juin 2010 encadrant la profession d'agent sportif), des activités de services à la personne (art L. 7232-1 du code du travail) et des entreprises de travail temporaire (article L. 1251-45 du même code). À cet égard, la directive 2008/104/CE du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire admet les « *exigences nationales en matière d'enregistrement, d'agrément, de certification, de garantie financière ou de contrôle des entreprises de travail intérimaire* ». À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif aux dispositions générales applicables aux agents artistiques, le Conseil d'État (section sociale) a admis la compatibilité avec le droit de l'Union d'une disposition qui, tout en reconnaissant le caractère obligatoire d'un registre « allégé » pour les agents artistiques établis en France, n'était pas incompatible avec les exigences de la directive services et assez largement *équivalente* à celles de l'article 5 de la convention n° 96 précitée de l'OIT. [*section sociale*]

3.11.7. Application du droit de l'Union européenne dans les collectivités d'outre-mer

Discrimination entre les sociétés, ressortissants et entreprises des États membres fondée sur la nationalité – Interdiction

Le Conseil d'État, saisi par le président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie d'un projet de loi du pays portant diverses dispositions d'ordre douanier, a constaté, au rapport de la section des finances, que l'un des articles de ce projet avait pour objet d'assujettir à un droit de navigation intérieure l'ensemble des « navires étrangers » autorisés à faire du cabotage et du trafic minéralier sur la côte de la Nouvelle-Calédonie. Il a considéré qu'aux fins de respecter pleinement, d'une part, les articles 199 et 203 du TFUE et, d'autre part, la décision n° 2001/822/CE du Conseil du 27 novembre 2001 relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne, qui prohibent, en matière de liberté de prestation de services et d'établissement, toute discrimination entre les sociétés, ressortissants et entreprises des États membres fondée notamment sur la nationalité, les navires battant pavillon d'un État membre de l'Union européenne ne devaient pas être assujettis à un tel droit. [*section des finances*]

Application du droit de l'Union européenne à Saint-Barthélemy à compter du 1er janvier 2012

Le passage de la collectivité de Saint-Barthélemy du statut de « région ultra périphérique » (RUP) au statut de « pays et territoire d'outre-mer » (PTOM) prévu par l'article 355 du TFUE a pour conséquence que le traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne s'y appliquent plus, à l'exception de la quatrième partie du TFUE intitulée « L'association des pays et territoires d'outre-mer », notamment de ses articles 198 à 204. L'article 203 habilite le Conseil, selon une procédure législative spéciale, à préciser les dispositions relatives aux modalités et à la procédure de l'association entre les pays et territoires et l'Union. N'y trouvent plus davantage application l'ensemble du « droit dérivé général », c'est-à-dire des règlements, directives et décisions pris sur le fondement des autres stipulations des traités. Toutefois, il résulte de l'article 199 du TFUE et de la jurisprudence de la CJCE (CJCE, 12 décembre 1990, *Peter Kaefer et Andréa Procacci contre État français*, affaires jointes C-100/89 et C-101/89) comme de celle du Conseil d'État (Conseil d'État, 2 février 2011, *Haut-Commissaire de la république en Polynésie française et Société Digicel Tahiti*) que les principes de libre établissement et de libre prestation de services, principes généraux des traités, s'appliquent dans les PTOM et ont pour effet d'interdire d'y réserver aux nationaux un traitement plus favorable qu'aux autres ressortissants de l'Union européenne. La section des finances a considéré que, dès lors que seuls les principes des traités sont obligatoirement applicables dans ce PTOM, mais non le « droit dérivé général », à l'exception de celui fixé selon les modalités spécifiques de l'article 203 TFUE susmentionné, rien ne s'opposait à ce que soit approuvé le choix du Gouvernement consistant à aligner le traitement de Saint-Barthélemy sur celui des autres PTOM dans le code monétaire et financier. Il a ainsi été prévu que ne seront plus applicables dans la collectivité de Saint-Barthélemy les dispositions non adoptées sur le fondement de l'article 203 TFUE qui organisent, sous la forme notamment du « passeport européen » prévu par des directives européennes, l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services. [*section des finances*]

4. Politiques publiques

4.1. Agriculture

Toujours aussi nombreux sont les projets de texte relatifs à l'agriculture qui sont soumis à l'examen de la section des travaux publics. En 2011, plus de 30 textes ont été examinés dont environ la moitié concerne la mise en application de la loi du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche (loi MAP), qu'il s'agisse de projets d'ordonnance ou de décret.

Mise en œuvre de la loi du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche

L'application de l'article 11 de la loi a donné lieu à l'édiction de plusieurs ordonnances relatives respectivement aux actes pouvant être réalisés par des non-vétérinaires, à la modernisation des missions des vétérinaires titulaires d'un mandat sanitaire, aux produits phytopharmaceutiques, et enfin à l'épidémiosurveillance. Cette dernière ordonnance met en place une réforme importante de la prévention et de la lutte contre les maladies animales et végétales. Elle adopte un nouveau système pour hiérarchiser la gravité des dangers sanitaires qui menacent les animaux et les plantes comme des dangers sanitaires créés par les animaux ou les plantes, à laquelle répond une meilleure sélectivité des mesures de police et de leur financement. Le dispositif de surveillance est réorganisé sous l'autorité de la puissance publique, mais, au sein de ce dispositif les organismes professionnels voient leur responsabilité accrue dans ce cadre.

La section a eu également à examiner l'ordonnance modifiant la partie législative du code forestier, fondée, cette fois, sur l'habilitation conférée par l'article 69 de la loi MAP et des ordonnances prises sur l'habilitation donnée par l'article 94 de la même loi, à savoir une ordonnance portant diverses dispositions de la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche et une ordonnance relative à la protection et à la mise en valeur des terres agricoles dans les départements d'outre-mer, dans le département de Mayotte, à Saint-Barthélémy et à Saint-Martin.

La section a également examiné des projets de décret mettant en application les dispositions de la loi dans des domaines variés : les accords de modération des marges dans le secteur des fruits et légumes, les GAEC, la conchyliculture, les comités de pêche. Comme pour l'application de la loi « Grenelle 2 », la mise en œuvre de la loi MAP implique également les mesures réglementaires nécessaires à la création de nouveaux documents de planification que sont les plans régionaux de l'agriculture durable (PRAD).

La section a aussi examiné le projet de décret relatif aux fonds de mutualisation des risques sanitaires et environnementaux en agriculture qui prévoit l'affiliation obligatoire aux fonds de mutualisation conformément à la loi, comme le permet la directive 73/2009 du Conseil européen. L'échéance en a été reportée au 1er janvier 2013 pour permettre aux éventuels candidats à la création de fonds de mutualisation de s'organiser. [*section des travaux publics*]

4.2. Budget

4.2.1. Contrôle de constitutionnalité des lois de finances

Sanction du retrait d'une offre de dation en paiement pour l'acquittement de l'impôt

Saisi d'un article relatif à la modernisation du recouvrement dans le cadre du quatrième projet de loi de finances rectificative pour 2011, plus particulièrement d'une disposition encadrant strictement la procédure de dation en paiement pour l'acquittement de l'impôt, le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, a considéré que l'institution d'une majoration de 10 % du montant de l'impôt exigible, prévue dans le cas où le contribuable après avoir envisagé de s'acquitter de l'impôt par une dation en paiement, avait retiré cette offre était, par son caractère forfaitaire et son montant élevé, disproportionnée par rapport au préjudice susceptible d'être subi par l'État en raison de ce retrait. De ce fait, elle pouvait être regardée comme présentant le caractère d'une sanction, même en l'absence de faute imputable au contribuable. Une telle sanction méconnaîtrait par suite les dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dès lors, le Conseil d'État a substitué à cette majoration de 10 %, avec l'accord du Gouvernement et pour répondre aux objectifs poursuivis par celui-ci, une obligation de maintenir l'offre pendant une durée de six mois, pouvant être prorogée de trois mois. Une telle disposition ne lui a paru porter atteinte ni au droit de propriété ni à l'un de ses attributs, à savoir la libre disposition des biens, tels que protégés tant par la Constitution que par la Convention européenne des droits de l'homme. [*section des finances*]

Redevance d'archéologie préventive pour certaines constructions – Exonération – Principe d'égalité – Méconnaissance

Dans le même projet de loi de finances rectificative et à l'occasion d'un article relatif à l'exonération de la redevance d'archéologie préventive pour certains aménagements déjà exonérés de taxes d'aménagement par plusieurs dispositions du code de l'urbanisme, le Conseil d'État (section des finances) a constaté que ces catégories regroupaient les constructions et aménagements destinés à être affectés à un service public, les logements sociaux et certaines constructions agricoles. Le Conseil d'État a estimé qu'au regard de l'objet de la loi qui est de mutualiser le financement des travaux d'archéologie préventive, ces catégories de constructions n'étaient pas, par rapport à d'autres constructions, dans une situation différente de nature à les exonérer de cette redevance d'archéologie préventive, dans le respect du principe d'égalité. Il a également considéré, en l'état du dossier qui lui a été soumis, que le Gouvernement ne justifiait d'aucun motif d'intérêt général de nature à permettre l'exonération proposée. Dès lors, il a disjoint la disposition en cause. [*section des finances*]

4.2.2. Complexité excessive d'une disposition budgétaire

Institution d'une nouvelle contribution pour l'aide juridique – Principe de bonne administration – Méconnaissance

Le Conseil d'État (section des finances), saisi dans le cadre du projet de loi de finances rectificative pour 2011, d'un article intitulé « Réforme du financement de l'aide juridictionnelle », insérant dans le code général des impôts un nouvel article instituant une contribution pour l'aide juridique (CPAJ) d'un montant de 35 euros perçue, sauf dérogations, à l'occasion de toute instance introduite devant les juridictions de l'ordre judiciaire, à l'exception des juridictions pénales, et de l'ordre administratif, a considéré que la fiche d'évaluation relative à cet article n'était pas conforme aux dispositions de la loi organique du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. En effet, cette fiche d'évaluation ne lui permet pas, en raison de son caractère lacunaire, d'apprécier si les frais de recouvrement de cette nouvelle imposition de toute nature, ne sont pas disproportionnés au regard du produit attendu. Le Conseil d'État a bien pris soin de préciser que cette dernière remarque ne saurait avoir pour effet d'autoriser le Gouvernement à porter le taux de la taxe à un niveau tel qu'il porterait atteinte au principe du droit au recours, constitutionnellement et conventionnellement protégé. En outre, même si le Conseil d'État n'a pas identifié de difficulté de principe, au regard notamment du deuxième alinéa de l'article 2 de la LOLF, qui résulterait de l'affectation d'une imposition à l'Union nationale des caisses des règlements pécuniaires des avocats (UNCA), il a considéré qu'il n'est pas de bonne administration de prévoir deux régimes financiers, budgétaires et comptables distincts pour la gestion de crédits fongibles et affectés à la même mission de l'aide juridictionnelle. Les justifications apportées à cet égard par le Gouvernement, tirées de la « responsabilisation » des avocats qui résulterait de l'intervention de l'UNCA, ne lui ont pas semblé de nature à surmonter cette difficulté, laquelle n'a paru répondre à aucune logique et conduirait à mettre en place une organisation entachée d'une complexité excessive. Pour l'ensemble de ces motifs, ce projet d'article a été disjoint. [*section des finances*]

4.2.3. Dispositions pouvant figurer dans la loi de finances de l'année

Augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international

Saisi d'un article du premier projet de loi de finances rectificative pour 2011 portant augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international (FMI), le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, a considéré que la mesure envisagée, portant sur l'une des mesures de contribution de la France à ce fonds énoncée à l'article 2 de la loi du 26 décembre 1945, qui a autorisé le ministre chargé de l'économie à verser au FMI, sur les ressources du Trésor, le montant de la souscription du Gouvernement français, trouve sa place en loi de finances en application du d) du 7° du 2 de l'article 34 de la LOLF. Il y est prévu,

au titre du « domaine partagé facultatif » que la loi de finances de l'année peut « approuver des conventions financières », et ce, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la question de savoir si cette mesure affecte l'équilibre du budget de l'État pour l'exercice considéré. [*section des finances*]

Majoration du taux d'impositions affectées à des organismes de sécurité sociale et modification de la clé de répartition entre ces organismes

À l'occasion de l'examen d'une lettre rectificative au deuxième projet de loi de finances rectificative pour 2011, le Conseil d'État (commission permanente) a considéré que deux projets d'articles majorant le taux d'impositions affectées à des organismes de sécurité sociale et modifiant la clef de répartition entre ces organismes avaient leur place en seconde partie de loi de finances et n'empiétaient pas sur le domaine exclusif des lois de financement de la sécurité sociale. Il n'a cependant pas été en mesure de se prononcer sur le point de savoir si, dans l'hypothèse où des mesures de cette nature modifieraient, par leur ampleur, nécessairement et immédiatement l'équilibre financier de la sécurité sociale, il suffirait qu'une loi de financement ultérieure applicable à l'exercice considéré en traduise les conséquences, ou bien si une telle loi constituerait le seul vecteur législatif susceptible de contenir de telles mesures. [*section des finances*]

Autorisation de dépense – Absence d'obligation de faire

À l'occasion de l'examen d'un article du quatrième projet de loi de finances rectificative pour 2011 modifiant le circuit de financement des aides exceptionnelles attribuées aux allocataires du revenu de solidarité active, le Conseil d'État a considéré qu'une disposition de loi de finances ne donne qu'une autorisation de dépense et ne constitue pas une obligation de faire. Par suite, ont leur place en loi de finances des dispositions transférant de l'État à un organisme tiers le financement des aides exceptionnelles habituellement attribuées en fin d'année aux allocataires du revenu de solidarité active, alors même que ces aides n'ont pas encore fait l'objet d'une disposition législative ou réglementaire. [*section des finances*]

4.2.4. Dispositions ne pouvant pas figurer en loi de finances

Plafond des autorisations d'emplois pour les opérateurs de l'État

Saisi, dans le cadre de l'examen du projet de loi de finances pour 2012, de deux projets d'articles relatifs au plafond des autorisations d'emplois pour les opérateurs de l'État et au plafond des autorisations d'emplois pour les « établissements à autonomie financière », le Conseil d'État (Commission permanente) n'a pu, une nouvelle fois, que les disjoindre dès lors que ces dispositions ne trouvent de fondement dans aucune des rubriques mentionnées à l'article 34 de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances, relatif au contenu des lois de finances, ni dans aucun autre article de cette même loi organique. L'objectif que s'assigne le Gouvernement, concernant tant les emplois des opérateurs de l'État que ceux relevant des « établissements dotés de l'autonomie financière », ne pourrait être régulièrement atteint que par une modification de la loi organique relative aux lois de finances, en particulier du 6° du I de son article 34. Le Conseil d'État estime toutefois que le tableau figurant dans ces projets d'article pourrait être inséré, sans mention du plafond précité, dans les annexes prévues, soit au f de l'article 51 de la loi organique relative aux lois de finances, soit au 7° du même article. En outre, s'agissant des établissements dotés de l'autonomie financière, le Conseil d'État a constaté que le régime de ces établissements, qui ne sont pas pourvus de la personnalité morale et qui se financent par la rémunération de services rendus, devrait faire l'objet d'une remise en ordre juridique. Il conviendrait soit de les réintégrer dans le périmètre de l'État, tant en termes de budget que de plafond d'autorisations d'emplois, soit de les transformer en établissements publics. [*section des finances*]

Dispositif de couverture des risques exceptionnels de responsabilité civile des professionnels de santé

À l'occasion de l'examen d'un article du projet de loi de finances pour 2012 ayant pour objet la création d'un prélèvement destiné à financer un dispositif de couverture des risques exceptionnels de responsabilité civile des professionnels de santé exerçant à titre libéral, le Conseil d'État n'a pu donner un avis favorable à plusieurs de ses dispositions qui modifient et complètent la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. En effet, de telles dispositions ne se rattachent à aucune des rubriques de l'article 34 de la LOLF. En admettant même que ces dispositions puissent avoir pour objet d'améliorer la prévisibilité des montants des sinistres et, par là même, de limiter les charges d'indemnisation que le fonds de garantie institué par le I de cet article a pour objet de supporter, les liens qu'elles entretiennent avec les dispositions du I ne sont pas de nature à les faire regarder comme des éléments indissociables d'un dispositif financier d'ensemble, au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il en résulte que ces dispositions du projet d'article n'ont pas leur place en loi de finances. [*section des finances*]

4.2.5. Dispositions pouvant figurer en loi de finances rectificative

Dispositif d'indemnisation des victimes du *benfluorex*

Lors de l'examen du premier projet de loi de finances rectificative, le Conseil d'État a admis la possibilité d'inclure dans une telle loi de finances un article instituant un dispositif spécifique d'indemnisation des victimes du *benfluorex*, substance médicamenteuse, en se fondant sur les dispositions du b) du 7° du 2 de l'article 34 de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances, aux termes desquelles « *dans la seconde partie, la loi de finances de l'année […] 7° peut : […] b) comporter des dispositions affectant les dépenses budgétaires de l'année* ». En effet, ce projet d'article ajoutait aux dispositions de l'article L. 1142-23 du code de la santé publique relatives aux recettes de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM), sur lequel repose le dispositif d'indemnisation considéré, la mention d'« *une dotation versée par l'État, couvrant l'ensemble des dépenses exposées en application des articles L. 1142-24-1 à L. 1142-24-7* ».

La rédaction retenue pour cette mention d'une ressource nouvelle de l'ONIAM a elle-même entendu marquer que les dépenses relatives au nouveau dispositif ne pourraient être financées que par imputation sur cette dotation. Le même projet de loi de finances rectificative comprend en outre, dans ses articles budgétaires, la mention d'une ouverture de crédits spécifiques en vue d'alimenter la nouvelle dotation au profit de l'ONIAM, eu égard au fait que le nouveau régime doit être regardé comme étant de nature à mettre de façon certaine des dépenses à la charge de l'État au cours de l'année 2011. [*section des finances*]

4.2.6. Finances locales

Péréquation des recettes fiscales intercommunales – Libre administration des collectivités territoriales

Dans le cadre de l'examen du projet de loi de finances pour 2012, le Conseil d'État a examiné un article portant création du Fonds national de péréquation des recettes fiscales intercommunales et communales. Ce fonds, dont le montant fixé à 250 M€ en 2012, augmentera rapidement jusqu'à représenter 2 % des recettes fiscales prises en compte à partir de 2015, a pour objet de réduire les inégalités de richesse fiscale aux niveaux communal et intercommunal, en se fondant sur le potentiel financier des « ensembles intercommunaux », composés des établissements publics de coopération intercommunale et des communes qui en sont membres. Le Conseil d'État s'est assuré que ce mécanisme ne saurait conduire à des prélèvements d'une ampleur telle qu'elle entraverait la libre administration des collectivités territoriales. [*section des finances*]

4.3. Communication

Mission de service public – Programme rattaché à une telle mission – Attribution de la ressource radioélectrique – Règles de la concurrence et du pluralisme – Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) – Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) – Pouvoir d'appréciation

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a été saisi par le Premier ministre de la question de savoir quelle est l'étendue du pouvoir d'appréciation dont disposent le Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes lorsqu'ils sont saisis d'une demande du Gouvernement tendant à faire jouer la priorité prévue par le premier alinéa du II de l'article 26 de la loi du 30 septembre 1986 permettant l'attribution de la ressource radioélectrique nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public par une société nationale de programmes de radio ou de télévision. [*section de l'intérieur,* avis n° 384.741, 25 janvier 2011, voir *infra* page 300].

Brouillage d'installation des nouveaux installateurs

Le Conseil d'État (section des travaux publics) saisi d'un projet d'ordonnance relatif aux communications électroniques, dont l'objet principal était de transposer en droit interne le nouveau cadre juridique issu des directives européennes n° 2009/136 et 2009/140 du 25 novembre 2009 relatives à ce secteur économique, a considéré que les mesures techniques de prévention des brouillages relatives aux installations des nouveaux opérateurs n'imposaient pas l'adoption de nouvelles dispositions législatives. Il a également estimé que le dispositif consistant à répartir les coûts, exposés par l'Agence nationale des fréquences (ANFR) pour le recueil et le traitement des réclamations des téléspectateurs relatives aux brouillages occasionnés par la mise en service des nouveaux réseaux de communications électroniques, entre les titulaires d'autorisations d'utilisation des fréquences affectées à ces nouveaux réseaux, doit s'analyser en une taxe dont l'institution n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 12 de la directive 2002/20. [*section des travaux publics*]

4.4. Concurrence et consommation

Renforcement de l'information des consommateurs et amélioration des conditions d'appréciation des pratiques commerciales trompeuses

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi renforçant les droits et la protection des consommateurs. Ses onze articles, en apparence hétérogènes et disparates, sont, en réalité, inspirés par la même préoccupation : renforcer le droit de la consommation concernant l'achat de biens et de services aux fins d'accroître la confiance des consommateurs et leur capacité à faire jouer la concurrence entre les opérateurs économiques. Sont concernés pratiquement tous les secteurs de la consommation courante : les services financiers, la grande distribution, le secteur immobilier, le secteur de l'énergie, celui des télécommunications, le domaine de la santé. Son article 11 habilite le Gouvernement à prendre par voie d'ordonnance, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires à la transposition de la directive 2009/110/CE du 16 septembre 2009 « *concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements et à prendre les mesures d'adaptation de la législation liées à cette transposition* ». En effet, leur régime actuel, aligné sur celui des établissements de crédit, s'est avéré inadapté compte tenu du très fort développement de l'activité de monnaie électronique. Son article 9, tout aussi essentiel, renforce l'information des consommateurs préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de fourniture de services. Il précise les conditions d'appréciation d'une pratique commerciale trompeuse en cas d'omission de certaines informations dans une publicité. Plusieurs des autres articles améliorent la situation du consommateur dans le domaine des communications électroniques ou dans le domaine de l'énergie. À l'occasion de l'examen de ce projet, le Conseil d'État a formulé plusieurs observations, émis des réserves et procédé à certaines disjonctions. Il en est rendu compte notamment ci-dessus dans la rubrique « Hiérarchie des normes » (voir 3.13. n° 385249). [*section des finances*]

Modalités d'entrée en vigueur progressive de la loi portant réforme du crédit à la consommation : atteinte excessive aux contrats en cours – Absence

Le Conseil d'État (section des finances) a été saisi d'un projet de décret, pris pour l'application la loi du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, fixant les conditions dans lesquelles sont applicables progressivement les dispositions du Livre 3 du code de la consommation aux contrats de crédit renouvelables en cours à la date d'entrée en vigueur de cette loi. Ce projet prévoyait également que, pendant une durée de trois ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi, le contrat pouvait prévoir des modalités de remboursement dérogeant à la règle de remboursement minimal du capital. Le Conseil a estimé que cette règle avait pour objet de protéger les emprunteurs en limitant la durée d'amortissement des crédits renouvelables, et ainsi le coût total du crédit, mais que son application aux contrats en cours pouvait avoir pour effet d'augmenter sensiblement le montant des mensualités de remboursement. Il a, par suite, considéré que le projet ouvrant la possibilité à l'établissement de crédit, de déterminer librement, sous réserve de l'accord de l'emprunteur, les modalités d'application progressive de la loi nouvelle et, par là-même, le lissage dans le temps de la hausse des mensualités résultant de la règle de remboursement minimal, pouvait trouver sa base légale dans la loi du 1er juillet 2010, ainsi que dans le principe selon lequel l'application immédiate de la règle nouvelle ne doit pas porter une atteinte excessive aux situations contractuelles en cours. Le Conseil d'État a néanmoins précisé que la mise en œuvre de la dérogation autorisée par le décret ne devait, en tout état de cause, pas conduire à une hausse des mensualités excédant celle résultant de l'application pleine et entière de la règle de remboursement minimal du capital. [*section des finances*]

Intervention des personnes publiques sur un marché concurrentiel

Comme l'a rappelé le Conseil d'État statuant au contentieux dans sa décision d'assemblée du 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris (no 275531), les personnes publiques qui, indépendamment des missions de service public dont elles sont investies et pour lesquelles elles bénéficient de prérogatives de puissance publique, entendent prendre en charge une activité économique ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. À cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée. Une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci.

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a examiné un projet de décret qui, parmi d'autres dispositions, confie à l'établissement public de la Réunion des musées nationaux et du Grand Palais des Champs-Élysées la mission de constituer une photothèque universelle chargée de regrouper les reproductions photographiques des œuvres des collections nationales confiées à la garde des musées nationaux et d'en assurer la conservation, la valorisation et la diffusion numérique. Il a considéré que de telles dispositions se limitent à organiser, au sein d'un établissement public sur lequel l'État exerce un contrôle assimilable à celui qu'il opère sur ses propres services, un service indissociable de la conservation des biens culturels qui lui appartiennent et dont les musées nationaux n'assurent que la garde. En prévoyant à cet effet que l'établissement public est chargé d'assurer la couverture photographique exhaustive des collections nationales en cause et la numérisation des fonds photographiques, conformément à des standards de qualité et normes d'indexation permettant leur diffusion internationale, les musées nationaux étant tenus de mettre à sa disposition une copie des fonds photographiques qu'ils détiennent, le projet de décret ne porte pas atteinte aux droits des tiers de prendre des photos des œuvres appartenant à ces collections, dans le respect des règles applicables au domaine public.

En disposant que l'établissement donne accès à sa photothèque à toute personne qui en fait la demande, y compris à des fins commerciales, dans des conditions notamment tarifaires qu'il fixe à l'avance dans le respect des principes de transparence et de non-discrimination, le projet de décret garantit, en outre, que l'établissement public n'exploitera pas la photothèque universelle dans des conditions constitutives d'un abus de position dominante sur le marché de l'édition d'art, sur lequel il intervient en application de son statut.

Il en résulte, d'une part, que les attributions confiées à la photothèque universelle n'emportent pas d'intervention sur un marché et, d'autre part, que les dispositions organisant ce service ne méconnaissent ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence. [*section de l'intérieur*]

4.5. Enseignement

Discipline dans les établissements d'enseignement du second degré

Examinant un projet de décret refondant les règles de discipline dans les établissements scolaires du second degré, la section de l'intérieur a tranché les deux questions suivantes.

En premier lieu, elle a admis une disposition contraignant les chefs d'établissement à engager des poursuites disciplinaires à l'égard des élèves ayant commis des faits graves. Elle a considéré que le pouvoir réglementaire n'était tenu, en la matière, par aucun principe général d'opportunité des poursuites. La section a cependant relevé que ce choix de l'automaticité était de nature à remettre en cause la jurisprudence selon laquelle la décision d'engager ou non une procédure disciplinaire était insusceptible de recours (section, 10 juillet 1995, *Laplace*).

En second lieu, la section a admis l'insertion, dans l'échelle des sanctions, d'une « mesure de responsabilisation », qui prévoit l'obligation pour l'élève puni de participer, en dehors des heures d'enseignement et dans la limite de vingt heures, à des *« activités de solidarité, culturelles ou de formation à des fins éducatives »*. Elle a toutefois précisé que, lorsqu'elle prenait la forme d'une tâche à accomplir, cette mesure devait respecter la dignité de l'élève, ne pas exposer sa santé et demeurer en adéquation avec son âge et ses capacités. [*section de l'intérieur*]

Enseignement supérieur – Tutelle – Fixation de droits d'inscription et de scolarité

Le projet de décret statutaire du Conservatoire national d'art dramatique prévoit que les droits d'inscription et de scolarité sont fixés par arrêté conjoint du ministre chargé du budget et du ministre chargé de la culture, et non par le conseil d'administration de l'établissement public, dont l'essentiel des ressources propres provient pourtant du produit de ces droits. Même s'il s'agit d'une disposition commune à la plupart des établissements d'enseignement supérieur placés sous la tutelle du ministère de la culture et de la communication, la section de l'intérieur s'est interrogée sur sa pertinence. En effet, au regard du principe d'autonomie des établissements publics, comme au vu de l'évolution récente des statuts des établissements d'enseignement supérieur placés sous la tutelle du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche, et notamment des universités, les organes statutaires sont désormais compétents pour fixer les droits d'inscription et de scolarité, s'agissant de leurs diplômes propres.

S'il appartient au ministre de la culture et de la communication et au ministre du budget de veiller à la cohérence des décisions prises en la matière dans les différents établissements publics d'enseignement dont ils ont la tutelle et à leur compatibilité avec les orientations générales fixées par le Gouvernement en matière de tarification du service public de l'enseignement, notamment pour garantir le respect des principes d'accessibilité du service public et d'égalité des usagers devant ce service, ils peuvent exercer ce contrôle en prévoyant que les délibérations prises en la matière par les conseils d'administration de ces établissements, où l'État dispose de plusieurs représentants, sont soumises à leur approbation. [*section de l'intérieur*]

4.6. Environnement

4.6.1. Charte de l'environnement

4.6.1.1. Incidence de la charte de l'environnement sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement

Les articles 3 et 7 de la charte de l'environnement, dans leur rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005, disposent respectivement que « *toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences.* » et « *toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement.* ». Les articles L. 120-1 et L. 120-2 du code de l'environnement ont défini les conditions et les modalités d'application de ces articles.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 1er mars 2005, une disposition réglementaire ne peut intervenir, dans le champ d'application de l'article 7 de la charte de l'environnement relatif aux conditions et limites dans lesquelles doit s'exercer le droit à l'information et à la participation du public, que pour l'application de dispositions législatives (CE, Ass., 3 octobre 2008, n° 297931, *Commune d'Annecy* ; 24 juillet 2009, CR2 GEN, n° 305314). Par suite, le Conseil d'État, singulièrement la section des travaux publics, a eu à plusieurs reprises à veiller au respect des compétences respectives du législateur et du pouvoir réglementaire, ce qui l'a conduit soit à reclasser des dispositions au niveau de la loi lorsqu'il examine un projet d'ordonnance, soit à disjoindre des dispositions relevant de la loi lorsqu'il examine un projet de décret.

Organisme génétiquement modifié – Article 3 de la charte – Compétence du législateur

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif à l'utilisation confinée d'organismes génétiquement modifiés (OGM), le Conseil d'État (section des travaux publics) a considéré que le plan d'urgence que doit comporter la demande d'agrément d'une utilisation confinée d'OGM définit les modalités d'organisation, les méthodes d'intervention et les moyens nécessaires que l'exploitant met en œuvre pour assurer, en cas d'accident, la protection de l'environnement. Ce plan d'urgence relève de la prévention, sinon des atteintes susceptibles d'être portées à l'environnement, à tout le moins de la limitation de leurs conséquences. Or, l'article 3 de la charte précitée réserve au législateur la définition de ces conditions. Par suite, cette disposition a été disjointe. [*section des travaux publics*]

Sécurité nucléaire – Article 7 de la charte – Compétences respectives du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire

À l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance modifiant les livres Ier et V du code de l'environnement concernant l'énergie nucléaire, le Conseil d'État (section des travaux publics) a vérifié si les dispositions à codifier qui prévoient des mesures d'information du public ou, au contraire, une restriction de l'accès du public à certaines informations, respectent la compétence du pouvoir législatif.

Il a été ainsi conduit à reclasser en partie législative celles des dispositions du décret du 2 novembre 2007 relatif aux installations nucléaires de base qui prévoient les modalités de participation du public et les restrictions à la communication par l'exploitant des rapports établis à l'occasion des réexamens de sûreté de l'installation. Il a fait de même s'agissant des dispositions du décret du 9 décembre 2011 qui définissent les seuils, prévus par la loi du 13 juin 2006, en deçà desquels le public ne peut exercer son droit d'accès aux informations détenues par le responsable du transport de substances radioactives. En effet, le Conseil a considéré que de tels seuils, introduisant des limites à l'information du public, ne pouvaient être fixés que par la loi elle-même. Pour le même motif, le Conseil a considéré que relève du domaine de la loi la définition des seuils en deçà desquels le public ne peut exercer son droit d'accès aux informations sur les risques liés à l'exposition aux rayonnements ionisants pouvant résulter de cette activité de transport. En effet, de tels seuils introduisaient également une « limite » à l'information du public. Mais le Conseil d'État a estimé qu'excéderait l'habilitation donnée au Gouvernement, le fait de prévoir des seuils pour la détention de ces substances

dès lors qu'il n'existe pas sur ce sujet de dispositions tant législatives que réglementaires, contrairement à ce qu'il en est pour le transport.

En outre, lors de l'examen du même texte, le Conseil d'État a estimé que doivent être regardées comme étant de nature législative, eu égard aux missions des organismes qu'elles instaurent, les dispositions de la loi du 13 juin 2006 instituant les commissions locales d'information et créant le Haut Comité pour la transparence et l'information sur la sécurité nucléaire. En vue de faciliter l'accès au droit, le Conseil a considéré que doivent être regardées comme législatives l'intégralité de ces dispositions, à l'exception de celles prévoyant le nombre des membres de chacune des catégories de personnes composant ce Haut Comité, déjà déclassées par le Conseil constitutionnel (décision n° 2008-211 L du 18 septembre 2008), et de celles fixant la durée du mandat de ses membres. [*section des travaux publics*]

Réserves naturelles – Article 7 – Ordonnance de l'article 38 de la Constitution – Portée de l'habilitation – Incompétence du législateur – Absence

Le Conseil d'État, au rapport de la section des travaux publics, a été saisi d'un projet d'ordonnance relatif aux réserves naturelles. Il a relevé que l'information et la participation du public ne sont pas organisées par les dispositions législatives existantes, dans le cas où les propriétaires donnent leur accord à la création d'une réserve naturelle par une région ou par la collectivité territoriale de Corse, puisque cette création est alors dispensée d'enquête publique. Il a estimé que n'excédait pas l'habilitation donnée au Gouvernement par l'article 256 de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement de procéder, à droit constant, à la clarification des dispositions législatives relatives à la procédure de création des réserves naturelles, l'insertion, dans ces dispositions, de mesures prévoyant des modalités de l'information et de la participation du public analogues à celles du droit commun du code de l'environnement. Il s'agissait de mettre ces dispositions législatives en conformité avec la jurisprudence constitutionnelle, telle qu'elle résulte en particulier de la décision n° 2011-183/184 QPC du Conseil constitutionnel du 14 octobre 2011, qui juge qu'en adoptant des dispositions qui n'assurent pas la mise en œuvre du principe de participation du public à l'élaboration de décisions publiques qui y sont soumises, le législateur méconnaît l'étendue de sa compétence. [*section des travaux publics*]

Droit à l'information et à la participation du public – Article 7 – Compétence législative – Disjonction

■ Examinant un projet de décret autorisant l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs à exploiter sur le territoire de la commune de Bure (Meuse) un laboratoire souterrain destiné à étudier les formations géologiques profondes où pourraient être stockés des déchets radioactifs, la section des travaux publics a relevé qu'il n'existait aucune disposition législative prévoyant la possibilité de proroger une telle autorisation. En outre, ni l'éventualité de cette prorogation ni la consultation simplifiée envisagée ne figuraient dans le dossier de l'enquête publique ou dans les consultations qui avaient précédé l'élaboration du projet de texte. Dès lors, le Conseil d'État a considéré que les dispositions autorisant l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs à exploiter un tel laboratoire ne relevaient pas de la compétence du pouvoir réglementaire et les a disjointes. [*section des travaux publics*]

■ Le Conseil d'État, saisi d'un projet de décret relatif aux installations marines de production d'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables et aux aménagements légers mentionnés à l'article L. 146-6 du code de l'urbanisme, le Conseil d'État (section des travaux publics) a considéré que le législateur n'ayant pas défini les modalités de la procédure de mise à disposition du public, il n'appartient pas au pouvoir réglementaire de le faire à sa place. Ainsi le pouvoir réglementaire n'est pas compétent pour prendre les dispositions nouvelles qui organisent la mise à disposition du public des projets d'aménagements qui ne font pas l'objet d'une enquête publique. Dès lors il a été procédé à la disjonction de deux dispositions du projet de décret. [*section des travaux publics*]

Définition du contenu et des modalités de mise à disposition du public du dossier d'information – Article 7 – Compétence réglementaire

En revanche, saisi du projet de décret relatif à l'utilisation confinée d'organismes génétiquement modifiés, le Conseil d'État (section des travaux publics) a estimé que les précisions qu'apporte l'article R. 532-13 au contenu et aux modalités de mise à disposition du public du dossier d'information prévu par les articles L. 532-4 et L. 532-4-1 qui ont, en application de l'article 7 de la charte de l'environnement, défini les conditions et limites de l'information du public lors de la délivrance d'un agrément d'utilisation confinée d'un organisme génétiquement modifié et que n'a pas censuré, sur ce point, le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, n'excédaient pas les limites de l'habilitation consentie au pouvoir réglementaire par les dispositions de ces articles. [*section des travaux publics*]

4.6.1.2. Champ d'application de la charte de l'environnement

Article 7 – Obligation d'information et de participation du public – Absence.

Le Conseil d'État a considéré que certaines mesures n'entraient pas dans le champ d'application des dispositions de l'article 7 en raison de leur objet.

Il a ainsi confirmé, au rapport de la section des travaux publics, que n'étaient pas soumis à information et participation du public les projets de texte ne comportant que des règles de procédure, par exemple les dispositions fixant la composition et le fonctionnement du Conseil national de la protection de la nature, ou des dispositions fixant le détail de procédures administratives applicables au contrôle périodique auquel sont soumises certaines installations classées pour la protection de l'environnement relevant du régime de la déclaration sans que ces dispositions déterminent le régime applicable. De même, a-t-il considéré que les textes prescrivant des sanctions n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 7 de la charte. [*section des travaux publics*]

Contenu des principes d'information et de participation

À l'occasion de l'examen d'un projet d'ordonnance portant transposition du chapitre 2 de la directive 2010/75/UE du 24 novembre 2010 relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution), la section des travaux publics a admis que, de manière transitoire, une mise à disposition du public des informations soumises par l'exploitant en vue d'obtenir le renouvellement de l'autorisation d'exploiter son installation pouvait être substituée à une enquête publique. Mais elle a complété le texte du projet pour que soit assurée l'application du principe de participation en prévoyant que les observations recueillies auprès du public font l'objet d'une analyse sommaire et d'une

synthèse mises à la disposition du public mettant en évidence les suites que leur a réservées l'autorité compétente. [*section des travaux publics*]

Autorisation temporaire de prélèvement en eau – Article 7 – Incidence directe et significative sur l'environnement

La section des travaux publics a examiné la question de savoir si, par son contenu, un projet de décret devait être regardé comme entrant dans le champ des dispositions de l'article L. 120-1 du code de l'environnement, qui prévoient que « […] *les décisions réglementaires de l'État et de ses établissements publics sont soumises à participation du public lorsqu'elles ont une incidence directe et significative sur l'environnement* ».

À l'occasion de l'examen du projet de décret ayant pour objet de reporter du 1er janvier 2011 au 1er janvier 2012 l'interdiction, édictée par l'article 16 du décret du 17 juillet 2006, d'accorder des autorisations temporaires de prélèvement en eau correspondant à une activité saisonnière commune prévues dans les zones de répartition des eaux (ZRE), le Conseil d'État (section des travaux publics) a pris en compte le caractère structurellement déficitaire de la ressource en eau dans ces zones, le nombre d'autorisations qui y sont accordées et les conséquences préjudiciables de ces prélèvements sur la disponibilité de la ressource pour considérer que le projet qui lui était soumis devait être regardé comme ayant « *une incidence directe et significative sur l'environnement* » au sens de l'article L. 120-1 du code de l'environnement. Une telle incidence justifiait qu'il fasse l'objet d'une publication préalable par la voie électronique dans des conditions permettant au public de formuler des observations. [*section des travaux publics*]

Matériaux et procédés écoresponsables – Article 7 – Absence d'incidence directe et significative sur l'environnement

Les dispositions relatives à l'information et à la participation du public ne sont pas applicables en l'absence d'incidence significative sur l'environnement. Ainsi, saisi d'un projet de décret fixant les dispositifs, matériaux ou procédés visés à l'article L. 111-6-2 du code de l'urbanisme, le Conseil d'État (section des travaux publics) a considéré que ce projet qui ne concernait qu'un motif de refus d'autorisation de construire et ne s'appliquait pas dans certains secteurs prévus par la loi (secteurs sauvegardés, zone de protection du patrimoine…) n'a pas une incidence significative sur l'environnement et qu'il n'est donc pas soumis à la participation du public prévue par l'article L. 120-1 du code de l'environnement. [*section des travaux publics*]

Incidence directe et significative sur l'environnement – Caractère positif ou négatif – Indifférence – Article 7

Pour apprécier l'incidence directe et significative sur l'environnement, le Conseil d'État (section des travaux publics) a précisé qu'il convenait de soumettre à la participation du public tout texte ayant une incidence directe et significative sur l'environnement, quand bien même celle-ci serait jugée *a priori* positive, dès lors que rien ne permet d'interpréter les dispositions de l'article L. 120-1 précité comme y soumettant les seuls projets de texte ayant une incidence négative. [*section des travaux publics*]

4.6.1.3. Contenu des principes d'information et de participation énoncés à l'article 7 de la charte

Éléments d'information suffisants mis à la disposition du public

■ Saisi d'un projet de décret accordant à l'entreprise GDF-Suez une concession de stockage souterrain de gaz naturel, le Conseil d'État (section des travaux publics) a estimé que la procédure d'information suivie, d'une durée d'un mois, ayant comporté un dossier de bonne qualité et donné lieu à deux réunions locales entre le public et le pétitionnaire, à l'issue desquelles ce dernier avait répondu sous forme d'un rapport très détaillé aux questions et aux observations qui lui avaient été présentées, satisfaisait aux exigences découlant de l'article 7 de la charte de l'environnement. [*section des travaux publics*]

■ Le décret relatif aux programmes d'actions à mettre en œuvre en vue de la protection des eaux contre la pollution par les nitrates d'origine agricole n'étant pas dépourvu d'incidence sur l'environnement, le projet de texte, accompagné de sa note de présentation, en application de l'article L. 120-1 du code de l'environnement, a été mis en ligne sur Internet du 6 au 30 juin 2011 et a donné lieu à 5 356 observations. Une note de synthèse et un tableau de nature à rendre compte de la manière dont le Gouvernement a pris en considération ces observations figuraient au dossier soumis à l'examen de la section des travaux publics. Dès lors, elle a considéré que le principe de participation du public, au sens de l'article 7 de la charte de l'environnement, avait été respecté. [*section des travaux publics*]

Frais liés à la participation et à l'information du public – Charges incombant à l'autorité administrative.

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a eu l'occasion de se prononcer sur les frais liés à la mise en œuvre des principes d'information et de participation. Saisi d'un projet d'ordonnance portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine de la prévention des pollutions et des risques, la section des travaux publics a disjoint les dispositions de l'alinéa de l'article L. 125-3 du code de l'environnement qui reprend celles des dispositions en vigueur aujourd'hui prévoyant que l'autorité administrative peut mettre à la charge du détenteur de l'autorisation de dissémination d'OGM tout ou partie des frais correspondant à l'information du public dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. En effet, dès lors que c'est à l'autorité administrative qu'il incombe d'assurer l'information du public sur les effets que la dissémination volontaire peut avoir pour la santé publique ou l'environnement, il lui appartient d'assurer cette charge, laquelle ne saurait être regardée comme une redevance pour service rendu, mais constitue une contribution qui relève de la catégorie des impositions de toute nature. L'absence de définition, dans l'ordonnance, tant des modalités de calcul de cette contribution que de ses modalités de recouvrement entache par suite le projet d'ordonnance d'incompétence négative. [*section des travaux publics*]

4.6.2. Évaluation environnementale

Au cours de l'année 2011, le Conseil d'État (section des travaux publics) s'est prononcé à plusieurs reprises sur la portée, la procédure et le contenu de l'évaluation environnementale prévue par la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 et par les dispositions de transposition dans le code de l'environnement. [*section des travaux publics*]

Schémas d'aménagement régionaux

Les schémas d'aménagement régionaux (SAR) de la Réunion et de la Guadeloupe ont été les premiers plans et programmes soumis à évaluation environnementale à être examinés par la section des travaux publics. Constatant que les régions avaient modifié leurs projets pour prendre en compte les remarques de l'Autorité environnementale [1] après la consultation du public, elle a vérifié si les insuffisances relevées par l'Autorité environnementale étaient de nature à priver le public de l'information environnementale que doivent contenir les projets de SAR. [*section des travaux publics*]

Parcs nationaux

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a considéré que les chartes des parcs nationaux peuvent concerner la réalisation de travaux ou de projets d'aménagement au sens de la directive mentionnée ci-dessus, même si elles n'ont pas pour objet d'autoriser par elles-mêmes la réalisation de ces travaux ou de prescrire ces projets. Il a estimé, par suite, que ces chartes doivent faire l'objet du rapport environnemental prévu par l'article L. 122-6 du code de l'environnement. [*section des travaux publics*]

Contrat de développement territorial

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret relatif aux contrats de développement territorial prévus par l'article 21 de la loi du 3 juin 2010 relative au Grand Paris, a estimé que les contrats de développement territorial doivent faire l'objet d'une évaluation environnementale en application de l'article L. 122-4 du code de l'environnement. En effet, cet article l'impose de façon générale et notamment aux plans, schémas, programmes et autres documents de planification adoptés par l'État, les collectivités territoriales ou leurs groupements. La section des travaux publics a relevé que, compte tenu des objectifs qui leur sont assignés par la loi, les contrats de développement territorial constituent effectivement «*le cadre de mise en œuvre de travaux et projets d'aménagement entrant dans le champ d'application de l'article L. 122-1 du code de l'environnement*», sans qu'il y ait lieu de distinguer entre ceux qui nécessitent ou non une modification des documents d'urbanisme soumis à évaluation environnementale. [*section des travaux publics*]

Déclaration environnementale – Procédure – Compétence

À l'occasion de l'examen du projet de décret organisant l'évaluation environnementale des chartes des parcs nationaux et de celui approuvant le schéma d'ensemble du réseau de transport public du Grand Paris qui avaient fait l'objet d'une évaluation environnementale, la section, se fondant sur la distinction opérée dans le code de l'environnement entre, d'une part, le maître d'ouvrage ou la personne publique responsable de l'élaboration du projet et, d'autre part, l'autorité qui l'arrête, a considéré que l'autorité qui arrête le plan ou le programme, au sens de l'article L. 122-10 du code de l'environnement, est celle qui est intervenue en dernier dans la procédure d'élaboration du plan ou du programme en cause. Dès lors, elle a estimé qu'il incombait à l'État qui approuve par décret en Conseil d'État les chartes des parcs nationaux et le schéma d'ensemble du réseau de transport public du Grand Paris d'assurer, suivant les modalités de son choix, la transmission et la publicité de la déclaration environnementale. [*section des travaux publics*]

Déclaration environnementale – Contenu

À l'occasion de l'examen de ce dernier texte, la section a estimé que la «déclaration environnementale» prévue par l'article L. 122-10 du code de l'environnement qui doit être, avec le plan ou le programme arrêté ou approuvé, transmise à l'autorité administrative de l'État compétente en matière d'environnement et dont le public doit être informé, devait être conçue comme essentiellement destinée au public, pour lequel une information claire et synthétique est nécessaire, et non comme une réponse circonstanciée aux observations faites par l'autorité compétente en matière d'environnement sur le rapport environnemental. [*section des travaux publics*]

4.6.3. Réforme de l'enquête publique

Réforme de l'enquête publique – Autorité compétente pour ouvrir et organiser l'enquête

À l'occasion de l'examen du projet de décret portant réforme de l'enquête publique relative aux opérations susceptibles d'affecter l'environnement, la section des travaux publics a tranché plusieurs questions. Elle a d'abord estimé que les dispositions de l'article L. 123-2° du code de l'environnement, selon lesquelles ne sont pas soumis à l'obligation d'enquête publique les projets de caractère temporaire ou de faible importance dont la liste est établie par décret en Conseil d'État, permettaient à ce décret de dispenser d'enquête publique : «*…3° Les demandes d'autorisation d'exploitation temporaire d'une installation classée pour la protection de l'environnement (ICPE) mentionnées à l'article R. 512-37 du code de l'environnement*», alors même que l'article L. 512-2 du même code soumet à enquête publique toutes les demandes d'autorisation d'ICPE sans prévoir d'exception ou de procédure allégée. La section, aux fins de mieux définir le champ d'application de l'article L. 123-3 du code de l'environnement, s'agissant de la désignation de l'autorité compétente pour ouvrir et organiser l'enquête, notamment lorsque plusieurs collectivités interviennent, a choisi, plutôt que de donner

1 - Les législations européennes et nationales prévoient que les évaluations d'impacts environnementaux des grandes opérations sont soumises à l'avis, rendu public, d'une «autorité compétente en matière d'environnement» : l'autorité environnementale. Celle-ci a été créée par le décret nº 2009-496 du 30 avril 2009. Elle est composée de 15 personnes dont 10 sont issues du conseil général de l'environnement et du développement durable, instance de conseil et d'inspection du ministère du développement durable, et 5 sont des personnalités qualifiées externes, choisies pour leurs compétences en environnement.

une définition générale, de modifier ou compléter les dispositions réglementaires applicables aux réserves naturelles régionales, aux parcs naturels régionaux et aux sites inscrits à l'inventaire pour préciser, si nécessaire, l'autorité compétente.

La section a également considéré que le préfet était l'autorité qui ouvre et organise l'enquête même dans les cas où, de par la loi, la décision en vue de laquelle l'enquête est requise relève d'une autorité nationale de l'État.
[*section des travaux publics*]

Irrégularité d'une procédure d'enquête publique

Le Conseil d'État (section des travaux publics) s'est prononcé à l'occasion de l'examen d'un projet de décret portant classement de sites du département de la Haute-Savoie sur la validité de la procédure d'enquête publique organisée par deux arrêtés successifs. En effet, si le premier mentionne bien l'indication des heures et lieux de consultation des pièces du dossier, l'insertion qui en a été faite dans la presse a omis la mention des heures. Même si le second est venu rectifier les prescriptions du premier en ce qui concerne les horaires de consultation des pièces du dossier dans les mairies intéressées, à la préfecture et à la sous-préfecture, il n'a donné lieu ni à publicité par voie d'affichage ni à insertion dans la presse. En outre, il ressort des mentions portées aux registres d'enquête, que des personnes ont pu, de ce fait, se trouver gênées pour prendre connaissance du projet de classement. Dans ces conditions, le Conseil d'État a considéré que la procédure d'enquête menée était entachée d'irrégularité pour n'avoir pas satisfait aux obligations d'information du public prévues par les textes réglementaires.
[*section des travaux publics*]

4.7. Fiscalité

L'ensemble des projets de dispositions fiscales dont le Conseil d'État a été saisi, que ce soit dans le premier projet de loi de finances rectificative pour 2011 ou dans le projet de loi de finances pour 2012, peut se décomposer globalement en quatre catégories :
– une réforme substantielle de la fiscalité du patrimoine ;
– ce qu'il est convenu d'appeler « un rabot sur les niches fiscales » ;
– une contribution exceptionnelle sur les hauts revenus ;
– la création de contributions ou cotisations spécifiques.
[*section des finances*]

4.7.1. Une réforme substantielle de la fiscalité du patrimoine

Ce qu'il est convenu d'appeler « paquet fiscal », composé de 13 articles, a été soumis à l'examen du Conseil d'État, au rapport de la section des finances, dans le cadre du premier projet de loi de finances rectificative. Les deux mesures essentielles sont la réforme du tarif de l'impôt de solidarité sur la fortune (ISF) et la suppression du « bouclier fiscal ». Ces deux mesures ont justifié, dans la présentation faite par le Gouvernement, d'autres mesures de ce « paquet fiscal » ayant principalement vocation à équilibrer budgétairement la réforme. Il s'agit notamment de la suppression des réductions de droits de donation liées à l'âge du donateur, de l'augmentation des taux applicables aux deux dernières tranches d'imposition pour les transmissions à titre gratuit en ligne directe et pour les donations entre époux ou personnes pacsées, de l'augmentation de six à dix ans du délai de rapport fiscal et du délai de reprise de l'administration, en matière de droits de mutation à titre gratuit, de l'imposition des plus-values latentes sur les droits sociaux et les valeurs mobilières lors du transfert par les contribuables de leur domicile fiscal hors de France (régime dit de l'« *exit tax* »), de la création d'une nouvelle taxe sur les résidences secondaires des non-résidents, et enfin de l'assujettissement des biens ou droits composant un « trust » à l'impôt de solidarité sur la fortune et aux droits de mutation à titre gratuit. [*section des finances*]

Réforme du tarif de l'ISF – Effets de seuil – Respect des principes constitutionnels d'égalité devant la loi et les charges publiques

Alors que ce tarif était jusqu'ici fixé par tranches, avec des taux allant de zéro jusqu'à 790 000 euros, à 1,8 % pour les valeurs supérieures à 16 540 000 euros, le projet d'article prévoit deux taux, 0,25 % au-delà de 1,3 M€ et jusqu'à 3 M€, et 0,50 % au-delà de 3 M€. Toutefois, il ne s'agit plus d'une imposition par tranche mais d'une imposition à partir du premier euro, lorsque le seuil est franchi. Afin de limiter les effets de seuil, le Gouvernement a prévu des mécanismes de lissage.

Constatant que ce nouveau régime ainsi proposé impliquait des effets de seuil, le Conseil d'État a examiné sa compatibilité, avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'égalité devant la loi et les charges publiques. Le Conseil constitutionnel a validé les dispositions prévoyant des seuils, plafonds et limites, tant au regard du principe constitutionnel d'égalité devant la loi (article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen) qu'au regard de celui de l'égalité devant les charges publiques (article 13). S'agissant de ce dernier principe, il s'attache à vérifier que le législateur détermine « *compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives* » et rappelle « *en particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, [qu'] il doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* ». Dans sa décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 sur la loi portant création de la couverture maladie universelle, le Conseil constitutionnel a jugé que, s'agissant de la couverture complémentaire, le choix d'un plafond de ressources était en rapport avec l'objet de la loi, qu'il n'appartenait pas au Conseil constitutionnel de rechercher si les objectifs que s'était assignés le législateur pouvaient être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues

n'étaient pas manifestement inappropriées, qu'en raison de ce que les prestations étaient fournies en nature, elles avaient un caractère non contributif et *« eu égard aux difficultés auxquelles se heurterait l'institution d'un mécanisme de lissage des effets de seuil »,* le législateur n'avait pas méconnu le principe d'égalité.

Il résulte de cette jurisprudence du Conseil constitutionnel que, dès lors qu'ils sont excessifs, sauf impossibilité technique, les effets de seuils doivent être corrigés. À défaut seraient traités différemment des contribuables placés dans des situations pratiquement identiques. En outre, le Conseil constitutionnel n'a pas à apprécier si le législateur aurait pu atteindre le même résultat par d'autres voies, dès lors qu'il n'a pas commis d'erreur manifeste dans le choix des moyens mis en œuvre pour les atteindre. Par suite, le Conseil d'État, sans pour autant considérer que les effets de seuil du nouveau régime posaient, par eux-mêmes, un problème au regard des principes constitutionnels mentionnés, s'est limité à reformuler les dispositions techniques relatives au dispositif de lissage.

Le Conseil d'État s'est également interrogé sur le respect du principe d'égalité devant les charges publiques, indépendamment de l'effet de seuil. Dans sa décision n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, le Conseil constitutionnel a jugé, en réponse à la critique selon laquelle le tarif de l'impôt de solidarité sur la fortune ne prévoit pas l'application d'un quotient familial et qu'ainsi cet impôt n'assurerait pas la prise en compte des facultés contributives des redevables, que l'impôt de solidarité sur la fortune *« constitue une imposition reposant sur un barème progressif »* et que sont prévus plusieurs mécanismes d'abattement, d'exonération ou de réduction d'impôt concernant notamment la résidence principale. De cette manière, le législateur a pris en compte les capacités contributives selon d'autres modalités et ainsi n'a pas méconnu l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Le principe d'égalité devant les charges publiques implique la progressivité de l'impôt sur le revenu des particuliers, comme le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision n° 97-395 DC du 30 décembre 1997 sur la loi de finances pour 1998. À cette occasion, il a considéré que le législateur n'avait pas enfreint le principe constitutionnel d'égalité en prévoyant que la déductibilité partielle de la CSG ne bénéficierait qu'aux revenus soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu « *afin de ne pas remettre en cause le caractère progressif du montant de l'imposition du revenu* ». Dans la même décision, le Conseil constitutionnel a jugé que l'avantage fiscal accordé aux détenteurs de plans d'épargne retraite n'était pas de nature à porter atteinte « *au principe de progressivité de l'impôt* ».

Toutefois, le Conseil d'État a estimé qu'il n'y a pas de principe général de progressivité des impôts. En effet, s'agissant du taux de la CSG, le Conseil constitutionnel a jugé dans sa décision n° 90-285 DC du 28 décembre 1990 que le choix par le législateur d'un taux unique applicable aux contributions sociales n'était pas contraire à l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Or, comme l'a également jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-44 QPC du 29 septembre 2010, l'impôt de solidarité sur la fortune n'est pas un impôt sur le revenu. Par suite, il n'est pas soumis à un principe de progressivité. Dès lors, le Conseil d'État ne s'est pas opposé au nouveau tarif soumis à son examen. [*section des finances*]

Suppression du « bouclier fiscal » – Caractère confiscatoire de l'impôt – Absence

Le Conseil d'État s'est posé la question de savoir si la suppression du bouclier fiscal était juridiquement possible. Le Conseil constitutionnel a rendu de nombreuses décisions sur l'impôt sur les grandes fortunes, créé en 1981 et supprimé en 1986 et l'impôt de solidarité sur la fortune qui lui a succédé en 1988. (Décision n° 81-133 DC du 30 décembre 1981, - loi de finances pour 1982 -; décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007 - loi TEPA -; décision n° 2010-99 QPC du 11 février 2011). Au vu de cette jurisprudence, le Conseil d'État a examiné si, en l'espèce, le caractère confiscatoire de l'impôt ne pouvait apparaître dans des hypothèses où la faiblesse des revenus impliquerait l'obligation, pour acquitter l'impôt sur le patrimoine, de porter atteinte à celui-ci. Le Conseil constitutionnel a jugé, dans sa décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986 sur la loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité, qu'un taux de 50 % de la contribution par le salarié et par l'employeur, en cas de cumul, caractérisait une rupture de l'égalité entre les charges publiques. En revanche, il a jugé non confiscatoires, d'une part, le prélèvement exceptionnel sur les caisses d'épargne opéré dans la loi de finances pour 1999 (décision n° 98-405 DC du 29 décembre 1998) et, d'autre part, les limites supérieures des taux de la taxe sur les viandes (décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000 sur la loi de finances rectificative pour 2000).

Pour ce qui est de la fiscalité sur le patrimoine, le Conseil d'État a certes considéré que les conclusions suivantes pouvaient s'inférer de la jurisprudence du Conseil constitutionnel :
– le bouclier fiscal, « loin de méconnaître l'égalité devant l'impôt, tend à éviter une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques » et il est un moyen d'éviter la rupture de l'égalité devant les charges publiques qui relèverait d'un impôt confiscatoire ;
– s'agissant d'un impôt sur le patrimoine, la rupture de l'égalité devant les charges publiques doit s'apprécier par rapport au patrimoine et non par rapport au revenu ; cependant, un impôt qui conduirait à compromettre l'existence du patrimoine, notamment du fait de l'absence de revenus, pourrait être confiscatoire ;
– le caractère confiscatoire de l'impôt sur le patrimoine ne résulte pas de la seule obligation de se défaire d'un élément du patrimoine pour payer l'impôt ; cependant, l'obligation de vendre des éléments substantiels du patrimoine, faute de dispositions telles que des abattements ou dégrèvements tendant à réduire la charge de l'impôt, pourrait avoir un caractère confiscatoire.

Toutefois, le Conseil d'État s'est attaché à un examen de la réforme d'ensemble présentée par le Gouvernement, laquelle présentait les caractéristiques suivantes : l'impôt de solidarité sur la fortune est sensiblement allégé pour tous les redevables, davantage en proportion pour les patrimoines élevés ; le bouclier fiscal « global » est supprimé ; ce qu'il est convenu d'appeler le « petit bouclier fiscal », c'est-à-dire le bouclier partiel de l'article 885 V bis du code général des impôts, est également supprimé ; enfin, la taxe foncière afférente à l'habitation principale est plafonnée à 50 % du revenu disponible.

C'est sur l'ensemble de ces éléments que le Conseil d'État a fondé son appréciation pour répondre à la question de savoir si la suppression du bouclier fiscal pouvait être regardée comme ayant un caractère confiscatoire. Il a considéré que ce caractère confiscatoire ne résultait pas, par principe, de cette mesure et il n'a

vu aucun obstacle d'ordre constitutionnel de nature à écarter ce projet d'article. [*section des finances*]

4.7.2. Le « rabot sur les niches fiscales »

Plafonnement général de plusieurs avantages fiscaux – Respect du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques

Dans le cadre de la loi de finances pour 2011, le Gouvernement avait déjà adopté une stratégie de réduction du coût des dépenses fiscales par une première tranche de diminution homothétique de 10 % des avantages fiscaux en matière d'impôt sur le revenu. Afin de contribuer à la résorption des déficits a été soumise à l'examen du Conseil d'État une nouvelle réduction de 10 % des dépenses fiscales en matière d'impôt sur le revenu pour 2012, selon un périmètre identique à celui qui avait été retenu en 2011. La somme des avantages fiscaux ne peut procurer une réduction du montant de l'impôt dû supérieure à un montant de 18 000 € ou à un montant égal à 6 % du revenu imposable servant de base au calcul de l'impôt sur le revenu. Ne sont toutefois pas concernés par ce plafonnement général un certain nombre d'avantages fiscaux qui comportent un intérêt social (quotient familial), culturel, économique ou fiscal particulier (réduction pour les dépenses d'adhésion à un centre de gestion agrée…). En raison du choix du Gouvernement de placer ces derniers avantages hors du champ d'application du rabot de 10 %, le Conseil d'État, au rapport de la section des finances, se devait d'examiner la conformité de cette mesure au regard du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques. Constatant que cette question avait déjà été tranchée par la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-622 DC du 28 décembre 2010 (loi de finances pour 2011), où il avait été jugé que le législateur a entendu réduire le coût des « dépenses fiscales » et, que, dans le même temps, il a souhaité ne pas affaiblir le caractère incitatif de certains dispositifs de réduction et de crédit d'impôt destinés à favoriser, notamment, le développement de l'emploi ainsi que l'offre de logement social outre-mer. Ce faisant, le législateur a établi une différence de traitement en rapport direct avec les objectifs qu'il s'est assigné et n'a, dès lors, pas méconnu le principe d'égalité devant les charges publiques. [*section des finances*]

4.7.3. Une contribution exceptionnelle sur les hauts revenus

Prélèvement exceptionnel – assiette fondée sur le « revenu fiscal de référence » – Élément d'assiette servant déjà de base à un autre impôt – Admission

Le Gouvernement a souhaité procéder à la création d'un prélèvement exceptionnel, car temporaire, sur les hauts revenus, présenté comme entrant dans le cadre de l'effort national sur le redressement des finances publiques et la réduction des déficits. La création d'une nouvelle tranche dans le barème de l'IR, d'une apparente simplicité, avait été écartée par le Gouvernement, car elle aboutissait à ne pas prendre en compte la totalité des revenus, notamment ceux de placements et du patrimoine. C'est la raison pour laquelle il a été décidé de créer un nouvel impôt assis sur un agrégat déjà connu en droit fiscal, « le revenu fiscal de référence » (RFR), permettant de mieux prendre en compte la capacité contributive des titulaires de très hauts revenus. Pour l'appréciation des facultés contributives des titulaires de très hauts revenus que le législateur entend taxer, le RFR constitue une meilleure assiette que les seuls revenus soumis au barème de l'IR. En effet, il inclut les revenus de patrimoine et de placement.

Il appartenait au Conseil d'État, au rapport de la section des finances, de s'assurer de la possibilité de soumettre à l'impôt un élément d'assiette qui sert déjà de base à un autre impôt. Le Conseil constitutionnel a répondu par l'affirmative à cette question dans sa décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984 (loi de finances pour 1985) en jugeant « *qu'aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce que, dans l'exercice de la compétence qu'il tient de cette disposition, le législateur puisse, pour un impôt déterminé, retenir un élément d'assiette qui sert déjà de base à un autre impôt* ». Le régime soumis à l'examen du Conseil d'État prévoyait un mécanisme de lissage du revenu fiscal de référence sur trois années, afin d'atténuer les conséquences de la perception de revenus exceptionnels. C'est ainsi qu'est pris en compte, pour l'appréciation du seuil d'assujettissement, le RFR moyen de l'année d'imposition et des deux années antérieures. Le Conseil d'État a disjoint les dispositions instituant un tel mécanisme de lissage au motif que le dispositif proposé était susceptible, dans certains cas, de créer une rupture d'égalité entre les contribuables. [*section des finances*]

4.7.4. La création de contributions ou cotisations spécifiques

Outre l'institution d'une contribution exceptionnelle sur les hauts revenus et le projet de texte sur les loyers élevés des logements de petite surface, le Conseil d'État a eu à connaître, au rapport de la section des finances, de quatre projets de contributions.

Contribution exceptionnelle sur la provision pour hausse des prix mise à la charge des entreprises du secteur pétrolier

En premier lieu, à l'occasion de l'examen de l'article relatif à la création d'une contribution exceptionnelle sur la provision pour hausse des prix mise à la charge des entreprises du secteur pétrolier en vue de financer la revalorisation des barèmes kilométriques, le Conseil d'État a émis un avis favorable, sous réserve de la disjonction de la mention des entreprises d'extraction de pétrole brut au titre des assujettis à cette nouvelle taxe. En effet, il ressort de la fiche d'évaluation préalable que la mesure poursuit à la fois un objectif de rendement, à savoir financer la hausse des barèmes kilométriques au titre de l'impôt sur le revenu 2010, et un objectif redistributif consistant à imposer les entreprises qui ont, directement ou indirectement, tiré profit de la hausse du cours des carburants. Or, il s'avère que la provision pour hausse des prix, sur laquelle est assise la contribution, que sont susceptibles de constituer les entreprises d'extraction de pétrole brut, n'est que très marginalement affectée par la hausse du cours des carburants. Dans ces conditions, assujettir ces entreprises à la contribution n'est pas cohérent avec l'objectif redistributif tel qu'il est annoncé. [*section des finances*]

Taxe sur les résidences secondaires des non-résidents

En deuxième lieu, le Conseil d'État, comme il a été dit *supra* (rubrique « Union européenne » 3.11.), a disjoint l'article portant sur l'institution d'une taxe sur les résidences secondaires des non-résidents, dès lors que ce projet méconnaissait les principes fondamentaux du droit de l'Union européenne. [*section des finances*]

Contribution sur les boissons contenant des sucres ajoutés

En troisième lieu, saisi d'un projet d'article instaurant une contribution sur les boissons contenant des sucres ajoutés, il lui a donné un avis favorable, estimant néanmoins que si, juridiquement, cette mesure pouvait être placée en loi de finances, elle aurait, compte tenu de son objet, mieux trouvé sa place en loi de financement de la sécurité sociale. Il a également appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité, dans la mesure où cette disposition serait limitée aux seules boissons contenant des sucres ajoutés, de rendre aussi explicite que possible, dans l'exposé des motifs de cet article comme au cours des débats parlementaires, l'objectif de santé publique que poursuit cette taxation et, plus particulièrement, l'objectif de lutte contre l'obésité notamment due à certaines habitudes de consommation. D'une part, le choix d'un tarif unique pour l'ensemble des produits taxés, quelle que soit leur teneur en sucres ajoutés, se justifiait par la complexité de tout autre mode de calcul. D'autre part, le choix d'exclure de la contribution le lait et nombre de produits laitiers, même additionnés de sucres, motivé par l'apport en calcium attaché à ces produits, était cohérent avec l'objectif de santé publique ci-dessus mentionné. [*section des finances*]

Taxe sur le chiffre d'affaires des plus gros bénéficiaires de quotas d'émissions de gaz à effet de serre

En quatrième et dernier lieu, le Conseil a examiné un projet d'imposition s'inscrivant dans le cadre européen de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Ce projet d'article visait à créer, pour la seule année 2012, une taxe sur le chiffre d'affaires concernant les plus gros bénéficiaires de quotas d'émissions de gaz à effet de serre, au nombre d'environ 400. Le Conseil d'État, après avoir procédé à un contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité de cette disposition, a considéré qu'elle conciliait ces normes supralégislatives et parvenait à un équilibre entre, d'une part, le respect de la jurisprudence constitutionnelle interdisant toute rupture caractérisée d'égalité devant l'impôt et les charges publiques qui ne serait pas fondée sur des critères objectifs et rationnels et, d'autre part, le respect du droit de l'Union européenne qui ne permet pas de rendre onéreux des quotas affectés gratuitement dans le cadre du plan national d'allocation des quotas. En effet, au premier titre, la détermination de la catégorie des redevables et le taux de la taxe créée dépendra du besoin de quotas à acquérir ainsi que du prix du quota sur le marché. Le Conseil d'État a considéré qu'un régime d'imposition sur le chiffre d'affaires des plus gros bénéficiaires de quotas d'émissions de gaz à effet de serre n'était ni constitutif d'une taxe sur le chiffre d'affaires prohibée par le droit de l'Union européenne dès lors que cette taxe n'a ni pour objet ni pour effet d'être répercutée en cascade au cours de la chaîne de production et de consommation, ni contraire au principe d'égalité tel qu'interprété par la Cour de justice dans son arrêt de grande chambre *Arcelor Atlantique* du 7 décembre 2008, rendu sur une question préjudicielle du Conseil d'État du 8 février 2007. [*section des finances*]

4.7.5. Déductibilité des pertes d'entreprises

Accident d'exploitation – Acte anormal de gestion – Contrôle interne de l'entreprise – Carence manifeste

Le Conseil d'État (section des finances) a été saisi par le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État sur les conditions d'application de la jurisprudence issue de la décision du 5 octobre 2007 Alcatel-Cit n° 291049 et de la notion de « carence manifeste » du contrôle interne dans l'hypothèse où une entreprise enregistre des pertes à la suite d'opérations conformes à son objet social mais traduisant un risque excessif qu'une meilleure organisation du contrôle interne aurait pu éviter. [*section des finances*, avis n° 385.088, 24 mai 2011, voir *infra* page 318]

4.8. Fonction publique

4.8.1. Principe de participation des agents publics

Le Conseil d'État s'est prononcé à de nombreuses reprises sur les conditions d'application du principe constitutionnel de participation des agents publics. Il l'a tout d'abord fait à l'occasion de l'examen des projets de décret destinés à la mise en œuvre des nouvelles règles fixées par la loi du 5 juillet 2010 sur le dialogue social, en ce qui concerne le Conseil supérieur de la fonction publique de l'État (CSFPE). Il a également été conduit à apporter des précisions sur les attributions et le fonctionnement des autres organes consultatifs, notamment les comités techniques et les commissions administratives paritaires.

Conseil supérieur de la fonction publique de l'État – Mesure de la représentativité – Prise en compte des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat

Le Conseil d'État (section de l'administration), tout en émettant un avis favorable au projet de décret qui lui était soumis, a eu en particulier à se prononcer sur la question de la prise en compte et de la représentation au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État**,** des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat et des enseignants des établissements d'enseignement agricole privés sous contrat, prévues à l'article 5 du projet de décret.

Il a observé, en premier lieu, que l'article 13 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 dans sa rédaction issue de la loi n° 2010-571 du 5 juillet 2010 habilite le décret en Conseil d'État à fixer, en vue de constituer le CSFPE, les modalités de prise en compte des voix des fonctionnaires et agents non titulaires qui relèvent d'organismes qui ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 15 de la loi du 11 janvier 1984 précitée régissant les comités techniques des administrations. Il a observé, en second lieu, que, d'une part, l'article L. 442-5 du code de l'éducation

reconnaît aux maîtres des classes des établissements de l'enseignement privés faisant l'objet du contrat d'association, qui sont liés à l'État par contrat et rémunérés par lui, la qualité d'agent public, et que, d'autre part, la carrière de ces maîtres se déroule dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que celles prévues par les statuts particuliers des enseignants fonctionnaires de l'État auxquels ils sont assimilés en application du principe de parité posé par l'article L. 914-1 du code de l'éducation.

La section de l'administration a noté à cet égard que, si l'article L. 442-5 du code de l'éducation prévoit que nonobstant l'absence de contrat de travail avec l'établissement, les maîtres des classes des établissements de l'enseignement privés faisant l'objet de contrat d'association sont, pour l'application des articles L. 2141-11, L. 2312-8, L. 2322-6, L. 4611-1 à L. 4611-4 et L. 4611-6 du code du travail, pris en compte dans le calcul des effectifs de l'établissement, tel que prévu à l'article L. 1111-2 du même code et sont électeurs et éligibles pour les élections des délégués du personnel et les élections au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et au comité d'entreprise, le principe de participation doit également trouver application, en ce qui concerne les questions statutaires intéressant ces agents de l'État, lesquelles sont semblables à celles concernant les maîtres titulaires de l'enseignement public. Il lui est apparu, dès lors, que la représentation de ces agents publics de l'État devait être assurée au niveau du CSFPE, eu égard aux compétences reconnues à cette instance nationale dans les domaines intéressant ces agents au même titre que les autres agents de l'État. [*section de l'administration*]

Conseil supérieur de la fonction publique de l'État – Effectivité de la consultation – nouvelle délibération – Conditions

Le Conseil d'État (section de l'administration) a par ailleurs souligné, à propos du CSFPE, que si, conformément au principe de participation, le Conseil supérieur doit être consulté sur tous les sujets pour lesquels sa consultation est prévue par le projet de décret, l'administration est réputée avoir satisfait à cette obligation quand cette consultation a été effectuée, quel que soit le sens de l'avis émis par le Conseil supérieur. Il a relevé que le projet du Gouvernement prévoit, lorsqu'un projet de texte recueille un vote défavorable unanime, que ce texte doit faire l'objet d'un réexamen et d'une nouvelle délibération dans les conditions fixées par son article 24. Eu égard aux conditions encadrant cette possibilité d'une nouvelle délibération, cette procédure ne saurait s'assimiler à un droit de veto au profit des représentants des personnels.

Il a cependant paru nécessaire au Conseil d'État qu'il soit expressément précisé que l'existence d'une situation d'urgence, sous réserve que celle-ci soit dûment motivée, permet au Gouvernement de s'affranchir de cette obligation de réexamen et de nouvelle délibération.

Enfin, la section de l'administration a relevé qu'aux articles 21 et 24, les conditions de majorité ou d'unanimité défavorable sont appréciées par rapport aux membres présents ayant voix délibérative, ce qui, dans les deux cas, conduit à assimiler à des abstentions les membres présents n'ayant pas pris part aux votes. [*section de l'administration*]

CTP – CAP – Modalité de scrutin – Recours à la visioconférence – Condition

À l'occasion de l'examen des projets de décret pris pour l'application de la loi du 5 juillet 2010 sur le dialogue social et relatifs à la composition, aux attributions et au fonctionnement des comités techniques et des CAP, le Conseil d'État a accompagné son avis favorable d'un certain nombre d'observations.

À titre liminaire, il a relevé que le projet de décret relatif aux comités techniques dans les administrations et les établissements publics de l'État prévoyait, au cas où le déroulement du scrutin ne permet pas de pourvoir un ou plusieurs sièges, une procédure de tirage au sort dans trois hypothèses : en cas de scrutin de liste, pour l'attribution d'un siège lorsque des listes obtiennent la même moyenne, le même nombre de voix et ont présenté le même nombre de candidats ; en cas de scrutin « sur sigle », c'est-à-dire lorsque le choix exprimé porte sur une organisation syndicale déterminée et non sur une personne ou sur une liste, lorsque des listes obtiennent la même moyenne et si les organisations syndicales en cause ont recueilli le même nombre de voix ; enfin, lorsque aucune candidature relevant des deux premières hypothèses n'a été présentée par les organisations syndicales.

Après avoir noté que ces cas de recours au tirage au sort restaient subsidiaires, étaient limités et institués aux fins d'assurer l'effectivité des principes de représentation et de participation au sein des comités techniques, le Conseil d'État (section de l'administration) a considéré que le recours au tirage au sort, selon les modalités et dans les hypothèses ainsi prévues, pouvait être admis.

Il a également relevé que, conformément à l'article 15 de la loi du 11 janvier 1984 dans sa rédaction issue de l'article 9 de la loi du 5 juillet 2010, si les représentants du personnel siégeant aux comités techniques sont élus au scrutin de liste avec représentation proportionnelle, le législateur a cependant prévu, à titre dérogatoire, que les représentants du personnel siégeant aux comités techniques de proximité peuvent, en cas d'insuffisance des effectifs, être désignés après une consultation du personnel.

Il a estimé, en conséquence, qu'il appartenait au décret en Conseil d'État, auquel renvoie cet article 15, de définir quantitativement l'insuffisance d'effectifs des agents d'un service permettant de déroger au principe du scrutin de liste en prévoyant de rendre obligatoire le recours au scrutin de sigle lorsque les effectifs sont inférieurs ou égaux à cinquante agents au niveau où le comité est créé et de prévoir qu'il sera facultatif lorsque les effectifs sont supérieurs à 50 agents et inférieurs ou égaux à 100 agents.

S'agissant de la disposition prévoyant la possibilité de recourir à la technique de la visioconférence pour l'organisation des réunions des comités techniques, le Conseil d'État a estimé, en premier lieu, qu'il appartenait, conformément à l'article 15 de la loi du 11 janvier 1984, au pouvoir réglementaire de préciser, par décret en Conseil d'État, les modalités pratiques de la participation des agents par l'intermédiaire de leurs représentants au sein des comités techniques. À ce titre, il a considéré que des circonstances particulières, telles que l'éloignement géographique ou des intempéries exceptionnelles, justifiaient que les réunions des comités techniques puissent se tenir par le recours à la technique de la visioconférence, sous les réserves que ne soient autorisées à assister aux débats que les seules personnes dûment habilitées, que soit assurée, par les moyens appropriés, la participation effective de chaque membre siégeant au comité technique avec voix délibérative et qu'enfin, son président soit en mesure d'assurer la police de la séance.

Enfin, il a relevé que l'article 46 du projet de décret prévoyait, dans l'hypothèse où le quorum n'est pas atteint lors de la réunion du comité technique, qu'une nouvelle convocation est envoyée dans le délai de huit jours aux membres du comité qui siège alors valablement sur le même ordre du jour, quel que soit le nombre de représentants du personnel présents.

Il a considéré que le projet de décret a pu régulièrement prévoir, dans les hypothèses prévues tant à l'article 46 relatif au *quorum* qu'à l'article 48 relatif à l'exigence d'une seconde délibération en cas de vote unanime défavorable, qu'un projet de texte fasse l'objet d'une seconde délibération du comité technique, tout en relevant que l'application combinée de ces articles aurait obligé l'administration, dans le cas où le *quorum* n'est pas atteint lors de la réunion initiale du comité technique et que le projet de texte fasse l'objet d'un vote défavorable unanime lors de la deuxième délibération, à prévoir une troisième délibération. Il a, en conséquence, approuvé que le projet du Gouvernement précise que s'il est fait application des dispositions de l'article 46, il ne peut alors être fait application de celles de l'article 48. [*section de l'administration*]

Application du principe de participation et modalité de représentation des personnels de droit public et de droit privé dans un même établissement

À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à l'Agence des voies navigables, le Conseil d'État a conféré toute sa portée au principe de participation, s'agissant des organes de représentation à mettre en place, en cas de coexistence au sein d'un même établissement, en l'espèce l'établissement public administratif Voies navigables de France, de personnels de statuts de droit public et de droit privé.

Le Conseil d'État, au rapport de la section de l'administration, a relevé, en l'espèce, que le projet de loi relatif à cette agence prévoyait la création, d'une part, d'un comité technique compétent pour les agents de droit public et, d'autre part, d'un comité d'entreprise compétent pour les salariés de droit privé. Il se bornait à renvoyer la possibilité de créer une instance commune de représentation de l'ensemble des catégories de personnel à un accord éventuel des organisations syndicales du nouvel établissement. Le Conseil a rappelé qu'il appartient au législateur de déterminer, dans le respect du principe constitutionnel de participation, les conditions et garanties de sa mise en œuvre dans le secteur public comme dans le secteur privé. À cet égard, le Conseil d'État a observé que la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la représentation des personnels des agences régionales de santé (décision n° 2010-91 QPC du 28 janvier 2011) ne permettait pas de s'assurer que le maintien d'une représentation distincte des personnels de droit privé et de droit public serait conforme au principe de participation. Toutefois, le projet du Gouvernement lui a semblé soulever une difficulté au regard de ce principe. D'une part, celui-ci semble devoir bénéficier à l'ensemble des agents d'un organisme et trouver une application au niveau pertinent, ce qui implique en principe, dans le cas d'un établissement public employant, comme en l'espèce, des personnels de droit privé et des personnels de droit public, qu'une instance commune de représentation soit créée auprès du chef de service pour examiner les questions relatives au fonctionnement général de l'établissement ou aux questions communes intéressant la situation de l'ensemble des personnels. D'autre part, le législateur ne saurait, au risque de méconnaître l'étendue de sa compétence, renvoyer sur ce point à un éventuel accord des partenaires sociaux sans prévoir, en l'absence d'un tel accord, l'intervention d'un décret. Par suite, la rédaction adoptée par le Conseil d'État prévoit l'institution, auprès du directeur général de Voies navigables de France, d'un comité technique unique et de comités techniques de proximité, compétents pour l'ensemble des catégories de personnel de l'agence.

En tout état de cause, pour tenir compte des difficultés pratiques tenant à la mise en place de ces instances communes, le Conseil d'État a admis une période transitoire de deux ans pendant laquelle la représentation des personnels serait assurée dans le cadre d'instances ou de procédures distinctes. [*section de l'administration*]

4.8.2. Recrutement et période de stage

Recrutement exceptionnel – Missions susceptibles d'être confiées à un greffier stagiaire

L'examen d'un projet de décret ouvrant un recrutement exceptionnel de greffiers des services judiciaires a permis au Conseil d'État (section de l'administration) de rappeler, en vérifiant qu'elles étaient en l'espèce remplies, les conditions de recours à des recrutements exceptionnels et surtout de préciser les règles applicables s'agissant des fonctions susceptibles d'être confiées à un stagiaire. Sur le premier point, le Conseil d'État s'est assuré que le recrutement exceptionnel répondait bien aux trois conditions habituellement requises : qu'il soit justifié par l'existence de circonstances de nature à assurer son utilité, qu'il soit institué par décret en Conseil d'État et qu'il soit réalisé dans le respect des dispositions du statut général, sauf dérogation intervenant dans les conditions prévues par l'article 10 du statut général, par exemple pour ajouter une condition d'expérience professionnelle à celle relative au diplôme.

Sur le second point, le Conseil d'État était interrogé par le Gouvernement sur la possibilité de confier, à l'horizon d'octobre 2012, aux greffiers issus du concours exceptionnel la plénitude des fonctions d'un greffier, alors qu'ils ne seraient pas encore titularisés, mais accompliraient, après leur formation initiale à l'École nationale des greffes, leur partie de stage à réaliser en juridiction. Le Conseil d'État a estimé qu'aucune règle, ni aucun principe, ne faisait obstacle à ce que puisse être confié aux greffiers stagiaires, durant la seconde partie de leur stage, l'ensemble des missions pouvant être dévolues aux greffiers titulaires.

En effet, il a été rappelé en premier lieu, qu'en principe, et en l'absence de dispositions contraires, les fonctionnaires stagiaires peuvent se voir confier l'ensemble des missions afférentes au grade dans lequel ils ont vocation à être titularisés, réserve faite des missions qui, à raison de leur nature, pourraient être regardées comme insusceptibles d'être confiées à des stagiaires, ce qui était le cas en l'espèce. [*section de l'administration*]

Organisation de concours par spécialités

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif aux fonctionnaires reclassés à France Télécom, le Conseil d'État (section de l'administration), a admis la possibilité d'organiser des concours par spécialités, alors même que le corps de recrutement ne comporterait pas d'indication sur les spécialités dans lesquelles les fonctionnaires du corps doivent être compétents. Il appartient en effet aux administrations de définir leurs besoins de recrutement et d'ouvrir

les concours correspondants, sous la seule réserve de respecter les règles relatives à ces concours telles que prévues dans les décrets statutaires. [*section de l'administration*]

4.8.3. Grade à accès fonctionnel

Modalités de reclassement et emploi fonctionnel

Le Conseil d'État (section de l'administration) a examiné divers projets de décret mettant en œuvre le grade à accès fonctionnel prévu par la loi du 5 juillet 2010 qui a modifié à cet effet l'article 58 du statut de la fonction publique de l'État. Il a admis à cette occasion que les agents promus dans le grade à accès fonctionnel puissent bénéficier, lors de leur classement dans ce grade, de l'indice détenu dans un statut d'emploi dans lequel ils avaient été éventuellement détachés. Par suite, qu'ils se trouvent classés dans l'échelon du grade à accès fonctionnel comportant cet indice et non, comme il est habituellement de règle en matière d'avancement de grade, à un indice égal ou immédiatement supérieur à celui détenu dans le grade avant avancement. Il a considéré qu'en instituant ce grade à accès fonctionnel et en valorisant ainsi les parcours professionnels comportant l'exercice de responsabilités particulières, le législateur avait entendu autoriser un tel dispositif de reclassement et qu'il n'en résultait pas d'atteinte à l'égalité de traitement au détriment d'autres agents du même corps également promus, mais ayant exercé les responsabilités justifiant qu'ils bénéficient de l'avancement fonctionnel, sans être détachés sur un statut d'emploi. Le Conseil d'État a toutefois écarté un reclassement direct dans un éventuel échelon spécial créé au sommet du grade, en principe accessible uniquement par inscription sur un tableau d'avancement. [*section de l'administration*]

4.8.4. Titularisation des agents contractuels

Recrutement sans concours

Le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi relatif à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique. Il s'agissait, selon l'étude d'impact, du 17e texte de loi depuis 1950 ayant le même objet, titulariser des agents contractuels, quoique selon un schéma de titularisation d'équilibre différent des précédents. Le projet de loi instaure, pour l'intégration aux corps de fonctionnaires des contractuels détenant l'expérience et les qualités requises, une variété de formes de recrutement, comportant, à côté du traditionnel concours réservé, qui devrait cette fois-ci être exceptionnel, et du recrutement direct, limité à la base de la catégorie C, une voie privilégiée qualifiée d'examen professionnel à l'issue duquel, en principe, un jury fixe la liste des personnes retenues.

Sans s'opposer à cette dernière méthode de sélection, qui par elle-même n'est pas contraire au principe d'égal accès aux emplois publics énoncé à l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel dans sa décision no 84-178 DC du 30 août 1984, le Conseil d'État a évité de la qualifier d'examen professionnel, puisque la commission chargée d'y procéder n'a pas l'indépendance d'un jury. Il a par ailleurs relevé que dans les collectivités territoriales, en vue d'inciter les employeurs à un effort soutenu de titularisation, c'est une commission locale d'évaluation de trois membres, comprenant notamment le représentant de l'autorité territoriale et l'un de ses agents, qui statue sur l'aptitude des agents candidats. S'inspirant du principe d'impartialité retenu par le Conseil constitutionnel dans la même décision, il a estimé nécessaire que la commission d'évaluation comprenne, outre les deux membres mentionnés ci-dessus, deux personnalités qualifiées choisies par le centre de gestion territorial, lequel représente collectivement les employeurs locaux, et soit présidée par l'une de ces deux personnalités. [*section de l'administration*]

4.8.5. Intéressement collectif

Primes d'intéressement à la performance collective

Le Conseil d'État (section de l'administration) a été saisi d'un projet de décret instituant une prime d'intéressement à la performance collective susceptible de bénéficier à l'ensemble des agents publics de l'État. Le dispositif proposé consistait à permettre aux ministères intéressés de verser une prime à l'ensemble des agents d'un même service qui auraient atteint les objectifs spécifiquement fixés au service pour l'année au titre de la performance collective, et sous réserve que les résultats aient été certifiés. Le Conseil d'État a estimé que cette prime d'intéressement collectif, identique pour chaque agent du service concerné, quelle que soit sa propre contribution aux résultats, ne se heurtait à aucun principe constitutionnel. Il a en effet considéré qu'il n'existe aucun principe constitutionnel d'individualisation de la prime. En revanche il a admis, d'une part, que soit exigée une participation effective à la performance collective sous forme d'une durée minimum de présence dans le service et, d'autre part, qu'en cas d'insuffisance dans la manière de servir ou de certaines fautes disciplinaires, l'autorité compétente puisse estimer qu'un agent n'a pas assuré de participation effective à la performance collective. Le Conseil d'État a estimé que rien n'imposait que, dans un ministère donné, dès lors qu'il a été décidé de mettre en œuvre le dispositif de prime, l'ensemble des services du ministère doivent être concernés. Par suite, il a suggéré que le projet de décret prévoit expressément que, eu égard à la nature de leur mission, certains services puissent demeurer hors du champ d'application de ce régime de prime. [*section de l'administration*]

4.8.6. Protection sociale des agents publics

Protection sociale complémentaire des agents des collectivités territoriales

Le Conseil d'État (section de l'administration) a été saisi d'un projet de décret relatif à la participation des collectivités territoriales et de leurs établissements publics au financement de la protection sociale complémentaire de leurs agents. Ce projet met en œuvre, pour les collectivités territoriales, le dispositif de protection sociale complémentaire d'ores et déjà prévu pour les agents de l'État par la loi

du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique. Pour que l'aide ainsi apportée par les collectivités publiques au financement de la protection sociale complémentaire de leurs agents ne puisse recevoir la qualification d'aide d'État illégale au regard de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la loi susmentionnée du 2 février 2007 a modifié le dispositif existant et limité cette contribution aux contrats et règlements garantissant la mise en œuvre de dispositifs de solidarité entre les bénéficiaires, agents et retraités, entrant ainsi dans la dérogation prévue pour les aides d'État à caractère social.

Les particularités de la fonction publique territoriale, tenant au nombre d'employeurs concernés, à leur diversité et à la structure des traitements, n'ont pas permis de transposer purement et simplement le régime institué pour les agents de l'État et les militaires. Toutefois, le Conseil d'État a veillé à ce que les principes sur lesquels il est fondé soient les mêmes : caractère facultatif du dispositif pour les collectivités et leurs agents, égalité des opérateurs (mutuelles, compagnies d'assurance et institutions de prévoyance). Il a par ailleurs accompagné son avis d'une observation et de trois disjonctions dispositions.

Le Conseil d'État a d'abord relevé que si le législateur, par l'article L. 310-12-2 du code des assurances, a donné compétence à l'Autorité de contrôle prudentiel pour habiliter les prestataires chargés de « labelliser » les contrats ouverts à la souscription individuelle et les règlements éligibles à une participation des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, il n'a pas fixé les conditions que doivent remplir ces prestataires pour accomplir la mission de « labellisation » susceptible de leur être confiée. Le Conseil d'État a considéré, que dans le silence de la loi, le pouvoir réglementaire devait déterminer les critères de compétence et d'expérience requis de ces prestataires, ainsi que les contraintes propres à éviter tout conflit d'intérêt et à préserver la déontologie dans l'exercice de cette mission.

S'agissant des disjonctions, dans la mesure où la disposition envisagée (l'obligation faite à l'organisme de prévoyance sociale de permettre aux agents intéressés de se retirer du contrat) touche à la liberté contractuelle et au droit des obligations, le Conseil d'État n'a pu admettre, dans le silence sur ce point de l'article 88-2 de la loi du 26 janvier 1984, l'institution par la voie réglementaire d'un nouveau cas de résiliation anticipée commun à la variété des contrats concernés.

Ensuite le Conseil d'État a estimé que l'obligation d'information de leurs agents faite aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics sur le versement de la participation aux contrats et règlements labellisés, y compris d'ailleurs à celles ayant décidé de ne pas instaurer de participation, est susceptible d'entraîner des effets sur leur fonctionnement et de créer des charges. Dans la mesure où se trouve affecté le principe de libre administration des collectivités territoriales, cette obligation ne pouvait être déterminée par le pouvoir réglementaire. En conséquence, le Conseil d'État a disjoint les dispositions correspondantes.

Enfin, le Conseil d'État n'a pu accepter, comme prévu par le projet, que les participations versées par les collectivités territoriales et leurs établissements publics à la date de publication du décret puissent être maintenues pendant un délai maximum de six mois suivant la date d'entrée en vigueur de celui-ci. Ces aides ont en effet été considérées comme contraires au droit de l'Union européenne par la Commission européenne et il n'était dès lors pas possible au pouvoir réglementaire de prévoir le maintien de leur versement, même pour une durée limitée. [*section de l'administration*]

4.8.7. Informatisation des outils de gestion

Gestion du dossier du fonctionnaire

Dans un contexte de recours accru à l'informatique dans les outils de gestion des ressources humaines, le Conseil d'État a été saisi, d'une part, d'un projet de décret transversal à l'ensemble de la fonction publique (État, territoriale et hospitalière), permettant que le dossier individuel des fonctionnaires puisse être géré sur support électronique et, d'autre part, de projets de décret créant dans plusieurs administrations des traitements automatisés de données à caractère personnel.

S'agissant du décret relatif à la gestion du dossier du fonctionnaire sur support électronique, le Conseil d'État s'est attaché à ce que le principe d'unicité du dossier du fonctionnaire soit strictement respecté, bien que chaque administration aura le libre choix de son passage à la gestion électronique et que, au sein d'une même administration, le basculement vers la gestion électronique ne sera que progressif, par catégories de documents. Il en résultera une juxtaposition d'une gestion sur papier et d'une gestion électronique, pendant un certain temps, au sein d'une administration. Le Conseil d'État s'est assuré qu'une fois le dossier électronique créé, le dossier papier soit détruit. Il a toutefois admis qu'un dossier papier puisse être à nouveau créé, à partir du dossier électronique, au cas où la gestion de l'agent se trouverait transférée à une administration gérant encore les dossiers des personnels sur support papier. [*section de l'administration*]

4.9. Justice

Justice pénale – Article 66 de la Constitution – Juges non professionnels au sein de formations correctionnelles – Présence minoritaire – Voix prépondérante du président, magistrat professionnel – Jury criminel

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) a été saisi par le Premier ministre de la question de savoir si une disposition législative qui confierait le jugement de certains délits à une juridiction composée de trois magistrats professionnels et de trois citoyens choisis sur une liste établie à partir d'un tirage au sort et qui prévoirait que le président de la juridiction, magistrat professionnel, aurait voix prépondérante en cas de partage, serait conforme à la Constitution notamment en tant qu'elle institue une « composition paritaire » et un « mécanisme de voix prépondérante » [*assemblée générale,* avis n° 385.083, 17 mars 2011, voir *infra* page 321].

Police judiciaire spéciale

À l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance relatif à la partie législative du code forestier, le Conseil d'État (section des travaux publics), a vérifié la constitutionnalité de dispositions confiant des attributions de police judiciaire aux gardes des bois et forêts des particuliers. Ces derniers, personnes privées agissant pour

le compte d'employeurs privés, exercent traditionnellement leurs attributions dans des espaces privés dont ils ont la garde sur le fondement de l'article 29 du code de procédure pénale. Ils sont commissionnés par le propriétaire des bois et forêts ainsi qu'assermentés et agréés par le préfet. Le projet réduit à un double titre leurs pouvoirs, en cohérence avec l'article 29 du code de procédure pénale : d'une part, à la seule constatation par procès-verbaux des infractions et non à la recherche de ces dernières comme le prévoit l'article L. 231-1 du code forestier alors en vigueur ; d'autre part, aux seules infractions forestières, alors qu'ils sont aujourd'hui compétents pour l'ensemble des « *délits et contraventions commis dans les bois ne relevant pas du régime forestier* ». Le Conseil d'État a considéré que les missions confiées aux gardes des bois et forêts des particuliers ne sauraient aller au-delà de constatations matérielles par établissement d'un procès-verbal transmis au procureur de la République dans les délais brefs prévus à l'article 29 du code de procédure pénale, du recueil de témoignages et du relevé des éléments matériels de preuve, à l'exclusion de tout acte de nature à porter atteinte à la liberté individuelle ou à faire obstacle à l'accès impartial au juge. [*section des travaux publics*]

Entraide judiciaire – Pouvoirs et compétences du membre national d'Eurojust

Saisi d'un projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application des engagements internationaux de la France, le Conseil d'État, au rapport de la section de l'intérieur, a introduit deux adjonctions et opéré trois disjonctions.

■ **S'agissant des adjonctions,** afin que soit assurée la garantie des droits de la personne condamnée, le Conseil d'État a complété les dispositions du projet du Gouvernement relatives à la transposition de la décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne.

Le projet soumis au Conseil d'État donnait compétence au procureur de la République pour statuer sur les demandes tendant à ce que soient reconnues et exécutées sur le territoire français les décisions de condamnation à des peines ou à des mesures de sûreté privatives de liberté prononcées par les juridictions des autres États membres de l'Union européenne. À cet effet, le procureur de la République devait examiner si la demande se heurtait à l'un des motifs de refus limitativement énumérés et, le cas échéant, procéder à l'adaptation de la peine ou de la mesure de sûreté, sans pouvoir l'aggraver, lorsque celle-ci apparaissait incompatible, par sa durée ou par sa nature, avec la peine encourue selon la loi française, pour les faits considérés.

En premier lieu, le Conseil d'État a estimé nécessaire que le procureur de la République soumette sa décision pour validation au président du tribunal correctionnel. En effet, dès lors que l'adaptation de la peine revient à modifier la peine prononcée, l'attribution de compétence à la juridiction correctionnelle est imposée par l'article 66 de la Constitution. La validation préalable de la décision du procureur de la République par le président du tribunal correctionnel permet de concilier, d'une part, l'objectif d'efficacité et de célérité poursuivi par la décision-cadre et, d'autre part, l'exigence constitutionnelle d'un contrôle d'un magistrat du siège sur une décision affectant la liberté individuelle. Des dispositions ont été introduites à cet effet dans le projet.

En second lieu, les principes constitutionnels relatifs au droit au recours imposent d'ouvrir à la personne condamnée la possibilité d'exercer un recours devant la chambre des appels correctionnels afin de contester, au cours d'un débat contradictoire, la décision du procureur de la République ainsi validée par le président du tribunal correctionnel. Pour que ce recours soit utile et afin de respecter les exigences de la décision-cadre, dont il résulte que la décision notifiée à l'État de condamnation doit être définitive, le Conseil d'État a prévu que ce recours devait être exercé et définitivement jugé avant cette notification.

■ **S'agissant des disjonctions,** elles ont concerné les trois séries de dispositions suivantes**.**

En premier lieu, ont été disjointes les dispositions du projet excluant qu'il soit procédé, en France, à l'arrestation provisoire des personnes ayant à exécuter, à la suite de leur condamnation par une juridiction d'un autre État membre de l'Union européenne, une peine ou une mesure de sûreté privative de liberté inférieure ou égale à deux ans. Un tel seuil, non prévu par l'article 14 de la décision-cadre du 27 novembre 2008 susmentionnée, privait l'arrestation provisoire d'une part importante de son effet utile. Pour ce motif, il était contraire à l'objectif poursuivi.

En deuxième lieu, le Conseil d'État a également disjoint les dispositions du projet conférant au membre français de l'unité d'Eurojust le pouvoir de procéder à certains actes sur le territoire national.

L'article 9 *quater* de la décision 2009/426/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 sur le renforcement de cette unité prévoit que le membre national d'Eurojust doit pouvoir effectuer ou faire effectuer sur le territoire de l'État dont il est ressortissant, avec l'accord ou à la demande de l'autorité nationale compétente, trois types d'actes : ceux nécessaires à la mise en œuvre des demandes de coopération judiciaire présentées par un autre État membre ; les actes d'enquête tenus pour nécessaires à l'issue d'une réunion de coordination organisée par Eurojust ; enfin, y compris en dehors de ces circonstances, « *les livraisons contrôlées* », qui correspondent aux mesures d'infiltration prévues par l'article 706-81 du code de procédure pénale.

L'article 9 *quinquies* de la même décision dispose qu'en cas d'urgence, le membre national peut exécuter les demandes de coopération judiciaire et organiser des livraisons contrôlées sans l'accord ou l'autorisation de l'autorité nationale compétente. Toutefois, l'article 9 *sexies* de la décision 2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust, permet aux États membres de ne pas mettre en œuvre les dispositions des articles 9 *quater* et 9 *quinquies*, au cas où elles porteraient atteinte soit « *aux règles constitutionnelles* », soit « *à des aspects fondamentaux du système de justice pénale* » relatifs, notamment, « *à la répartition des pouvoirs entre les officiers de police, les procureurs et les juges* » ou « *à la répartition fonctionnelle des tâches entre les autorités chargées des poursuites* ».

Or, les exigences constitutionnelles et les règles essentielles de la justice pénale font obstacle à ce que le membre français d'Eurojust puisse se voir confier les pouvoirs mentionnés à l'article 9 *quater* et, *a fortiori,* 9 *quinquies* de la décision du 16 décembre 2008.

En effet, même si, en application de l'article 695-8 du code de procédure pénale, le membre français d'Eurojust en fonction à La Haye, mis à la disposition de cette agence, est désigné parmi les magistrats hors hiérarchie de l'ordre judiciaire et

peut se voir adresser, par le garde des Sceaux, des instructions générales d'action publique, il ne peut être regardé comme étant au nombre des magistrats du parquet qui constituent, avec les magistrats du siège, le corps judiciaire au sens de l'article 1er de l'ordonnance no 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, aux termes duquel les magistrats du parquet sont exclusivement ceux exerçant les fonctions du ministère public auprès de la Cour de cassation, d'une cour d'appel ou d'une juridiction de première instance de l'ordre judiciaire.

Il en résulte, d'une part, que le membre français d'Eurojust ne peut faire procéder, par la police judiciaire, à des actes d'enquête et ne dispose pas des prérogatives prévues par les articles 16 à 19-1 du code de procédure pénale ; d'autre part, que, même en dehors de toute enquête judiciaire, le membre français d'Eurojust, ne peut se voir confier aucune des prérogatives que l'article 66 de la Constitution réserve à l'autorité judiciaire. Il s'en infère qu'il est exclu qu'il puisse décider les mesures privatives ou restrictives de liberté qu'implique l'exécution sur le territoire français des demandes de coopération judiciaire tendant à l'exécution d'une condamnation à une peine privative de liberté prononcée par la juridiction d'un État membre ou encore procéder à l'arrestation d'une personne faisant l'objet d'un mandat d'arrêt européen.

En revanche, aucune disposition constitutionnelle ni aucun principe essentiel de notre système de justice pénale ne s'oppose à ce que le membre français d'Eurojust, à la demande ou avec l'accord de l'autorité judiciaire compétente, émette une demande de coopération judiciaire à destination des autres États membres conformément aux dispositions de l'article 9 *quater* de la décision du 16 décembre 2008.

En troisième et dernier lieu le Conseil d'État a disjoint les modifications apportées par le projet à l'article 113-8-1 du code pénal, tendant à rendre la loi pénale française applicable à tout crime et à tout délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement commis hors du territoire de la République par un étranger dont l'extradition a été refusée. Dans sa rédaction actuelle, cet article ne prévoit l'application de la loi pénale française que dans le cas où l'extradition a été refusée au motif, soit que le fait à raison duquel elle avait été demandée est puni d'une peine ou d'une mesure de sûreté contraire à l'ordre public français, soit que la personne réclamée aurait été jugée dans l'État requérant par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense, soit encore que le fait considéré revêt le caractère d'infraction politique.

Quoique n'imposant pas de poursuivre, en cas de refus d'extradition, la modification introduite par le projet qui supprime toute distinction selon le motif du refus, a été regardée par le Conseil d'État comme élargissant de manière excessive le champ d'application de la loi pénale française et, en raison de la solidarité des compétences législative et juridictionnelle, la compétence internationale des juridictions pénales françaises. Il a estimé préférable de compléter la liste de l'article 113-8-1 du code pénal en désignant de manière précise les motifs de refus d'extradition pouvant justifier l'application de la loi pénale française. [*section de l'intérieur*]

4.10. Logement

Application de la loi DALO

Saisi d'un projet de décret relatif au droit au logement opposable et à la procédure d'attribution des logements sociaux et modifiant le code de la construction et de l'habitation, le Conseil d'État (section des travaux publics) a apporté des précisions sur l'application de la loi DALO. Il a disjoint la disposition concernant la notion de « reste à vivre » laquelle ne trouve aucun fondement légal dans le code susmentionné, même si elle est de fait plus largement utilisée que celle de « taux d'effort » par les bailleurs sociaux, avant l'attribution d'un logement social, car elle permet d'appréhender plus finement, en fonction de la composition du ménage, le risque d'insolvabilité du candidat locataire. Il a également considéré qu'il ne serait pas conforme à l'article L. 441-1-3 du code de prendre en considération les « capacités financières » du demandeur au titre de ses « besoins et capacités ».

En revanche, il a conservé l'article du projet relatif au « taux d'effort » mais en retenant une rédaction montrant bien que cette notion ne peut être qu'un élément d'information pour la commission d'attribution.

Enfin, il a disjoint les dispositions qui instituaient, sans base légale, une déchéance automatique du bénéfice de la décision de la commission de médiation en cas de refus d'une offre de logement adaptée aux « besoins et capacités » du demandeur ou d'une proposition d'accueil dans un hébergement. [*section des travaux publics*]

Participation des employeurs à l'effort de construction – Ressources des organismes collecteurs – Emprunts

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi d'un projet de décret portant diverses dispositions relatives à la participation des employeurs à l'effort de construction pris en application de l'article L. 313-36 du code de la construction et de l'habitation, a admis que les ressources des organismes collecteurs puissent comprendre certains emprunts, en particulier ceux consentis par l'Union d'économie sociale du logement et consentis par cette dernière, soit en répercussion des emprunts souscrits par elle, soit d'une durée inférieure à un an, cette possibilité n'ayant pas, par elle-même, pour effet de placer cette Union en position d'exercer à titre habituel la profession de banquier, en méconnaissance des dispositions des articles L. 511-5 et L. 511-6 du code monétaire et financier. [*section des travaux publics*]

4.11. Retraites et pensions

Le Conseil d'État a été saisi d'un grand nombre de projets de décret pris pour l'application de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites ou de projets de décret nécessaires à sa mise en œuvre. Certains de ces décrets sont relatifs à un régime spécial de retraite ou au statut de travailleur des ressortissants d'un tel régime : tel est le cas, par exemple, des projets de décret relatifs au régime spécial des clercs et employés de notaire, aux limites d'âge à la SNCF et à la RATP, ou à la suppression du traitement continué dans les régimes de fonctionnaires, des militaires et des ouvriers des établissements publics de l'État. Ces projets de décret ont également porté sur des dispositions générales d'application ou d'accompagnement de la réforme des retraites. Ainsi en est-il des projets de décret relatifs à l'alimentation et à la gestion des plans d'épargne retraite, à la prise en compte des indemnités journalières d'assurance maternité pour la détermination du salaire annuel de base, au financement par le fonds de solidarité vieillesse des validations gratuites de trimestres au titre des périodes d'arrêt maladie, ou à la comptabilisation des périodes de chômage non indemnisé comme période d'assurance pour l'ouverture du droit à pension. Enfin, certains d'entre eux concernaient l'organisation des régimes, tel le projet de décret portant fusion des régimes complémentaires d'assurance vieillesse des professions indépendantes. Certains appellent un commentaire particulier à raison des questions de droit posées.

Régime spécial de retraite de la Comédie française - Conditions de cotisations - Principe d'égalité

Lors de l'examen du projet de décret relatif au régime spécial de retraite de la Comédie française, le Conseil d'État (la section sociale) a été conduit à modifier son appréciation sur la condition de « stage », au sens des régimes spéciaux, c'est-à-dire de présence, d'exercice ou de cotisations nécessaires pour bénéficier d'une bonification liée à certaines missions militaires. Avant la réforme des retraites de 2010, le régime des fonctionnaires n'ouvrait droit à une pension que sous une condition de « stage » de quinze ans dans le régime et aucun avantage, notamment aucune de ses bonifications, ne pouvait être accordé sans que cette condition soit remplie. La même condition de « stage » prévalait pour tous les régimes spéciaux. Désormais, dans le cadre de la réforme des retraites, la durée de ce « stage » a été réduite, pour les fonctionnaires, à deux ans. Pour ce qui est des régimes spéciaux, dès les réformes entreprises en 2008, la plupart d'entre eux avait déjà ramené la condition de « stage » à une seule année.

Plusieurs raisons ont conduit à l'évolution de l'appréciation portée sur le maintien pour cet avantage particulier de la condition de « stage » pour le bénéficiaire d'une bonification liée à des services militaires. Elle a été expressément maintenue dans le régime des fonctionnaires de l'État et dans celui, aligné, de la CNRACL. Or, les réformes entreprises depuis 2008 dans les régimes spéciaux ont toutes pour objet de les rapprocher du régime des fonctionnaires. S'agissant de la compétence du pouvoir réglementaire, le pouvoir réglementaire avait bien compétence pour prendre une mesure identique pour la Comédie française, dès lors qu'en vertu de l'article L. 711-1 du code de la sécurité sociale, il est habilité à adopter par voie réglementaire toute mesure relative à ce régime. Enfin, aucune rupture d'égalité ne résulte de la condition de « stage » ainsi fixée. Il appartient au Gouvernement de décider, dans les cas où la loi renvoie au décret, le soin de fixer « les modalités d'attribution » d'une mesure favorable à une catégorie de bénéficiaires et de la soumettre à des conditions particulières. Une condition visant à réserver l'obtention d'un avantage spécifique à certaines catégories, créées soit à raison de leur âge, soit à raison de difficultés qui les frappent, soit à raison, en l'espèce, de leur « fidélité » à un régime donné, n'a jamais été regardée comme excédant les limites imparties à l'autorité compétente, sauf discrimination interdite par la Constitution ou par les traités. Une différence de traitement n'est interdite que si elle est « *sans rapport avec l'objet de la mesure* ». Or, cette durée de quinze ans de « stage », qui s'applique aussi, comme on l'a vu, aux fonctionnaires, repose sur des critères objectifs et rationnels et trouve son origine dans la règle applicable aux militaires.

Pour l'ensemble de ces motifs, le Conseil d'État a validé la condition de « stage » ainsi fixée, pour ce régime comme pour les autres régimes spéciaux. [*section sociale*]

Maîtres des établissements d'enseignement privés – Avantages temporaires de retraite – Compétence législative

Le Conseil d'État (section sociale), saisi d'un projet de décret relatif aux conditions de cessation d'activité des maîtres et documentalistes contractuels ou agréés des établissements d'enseignement privés qui modifie les dispositions réglementaires du code de l'éducation, en a disjoint les dispositions modifiant les avantages temporaires de retraite des maîtres des établissements d'enseignement privés. Il a ainsi confirmé l'avis défavorable qu'il avait déjà donné lors de l'examen précédent de plusieurs projets de décret similaires et relatifs à ce régime. En effet, comme dans ses avis antérieurs, il a considéré que l'article L. 914-1 du code de l'éducation, ne pouvait être interprété comme conférant compétence au Gouvernement pour instituer ou pour modifier, par voie réglementaire, un régime de pensions spécifique. Il appartient au seul législateur de définir les éléments mettant en cause les principes fondamentaux de la sécurité sociale, au sens de l'article 34 de la Constitution, alors même que le projet de décret soumis au Conseil d'État a pour seul objet d'appliquer au régime des maîtres et documentalistes des établissements d'enseignement privés les modifications aux conditions de cessation d'activité des maîtres titulaires de l'enseignement public introduites par la loi portant réforme des retraites. [*section sociale*]

Régime spécial de retraites des personnels de l'Opéra de Paris – Départ à la retraite – Limite d'âge – Discrimination – Absence

La Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée à plusieurs reprises sur l'interdiction des discriminations au travail en matière d'âge, jugeant que des dispositions imposant le départ à la retraite à un âge donné sont relatives à l'emploi et relèvent par suite de la directive 2000/78. Or si, dans une période précédente, les contentieux nationaux en matière de retraite tendaient à obtenir un départ aussi précoce que possible, désormais ils semblent devoir tendre à contester l'obligation de cesser le travail à un âge donné. Les réformes des régimes de retraite opérés entre 2003 et 2010, en réduisant sévèrement les pensions des salariés n'ayant pas cotisé un nombre suffisant de trimestres, sont à l'origine de cette

évolution. Les contentieux qui pourraient être engagés, fondés sur le moyen tiré de la discrimination en raison de l'âge risquent de fragiliser les mesures fixant des âges limites de départ à la retraite.

Dans son arrêt « *Palacios de Villa* » du 16 octobre 2007, la Cour a jugé qu'une disposition fixant un âge de mise à la retraite d'office uniforme sur le territoire d'un État membre constitue une discrimination en raison de l'âge. Toutefois, elle peut être justifiée dès lors qu'elle « *renvoie à des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle* ».

Dans son arrêt « *Age concern England* » du 5 mars 2009, la Cour a précisé que les objectifs pouvant être considérés comme « légitimes », au sens de la directive susmentionnée et par voie de conséquence, de nature à justifier qu'il soit dérogé au principe d'interdiction des discriminations fondées sur l'âge, constituent des objectifs relevant de la politique sociale. Tel est le cas des objectifs afférents à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle. Par leur caractère d'intérêt général, ces objectifs légitimes se distinguent de motifs purement individuels qui sont propres à la situation de l'employeur, comme la réduction des coûts ou l'amélioration de la compétitivité, sans qu'il soit pour autant possible d'exclure qu'une règle nationale impose, dans la poursuite de ces objectifs légitimes, un certain degré de flexibilité aux employeurs. La Cour de cassation s'est à plusieurs reprises fondée sur ces critères dégagés par la CJUE pour apprécier la légitimité de telles clauses de limites d'âge, au regard du principe de non-discrimination.

Lors de l'examen des projets de décret relatifs au régime spécial de retraite des personnels de l'Opéra et modifiant le statut de ces personnels, la section sociale s'est fondée sur cette évolution de jurisprudence pour vérifier qu'aucune de leurs dispositions ne présentait un caractère discriminatoire. [*section sociale*]

4.12. Santé publique

4.12.1. Professions de santé

Études médicales – Contrats d'engagements de service public – Couverture médicale du territoire – Priorité du choix du lieu d'exercice – Condition

Le Conseil d'État (section de l'administration) a été saisi d'un projet de décret modifiant le décret n° 2010-735 du 29 juin 2010 relatif au contrat d'engagement de service public durant les études médicales et qui se proposait d'assurer une meilleure couverture médicale du territoire. L'objet principal du projet modificatif était d'instaurer une priorité de choix de leur lieu d'exercice au bénéfice des internes qui en exprimeraient le souhait auprès du directeur général de l'agence régionale de santé (ARS) dont ils relèvent au titre de leurs études.

Or la loi prévoit, s'agissant de ce choix du lieu d'exercice, que les internes qui ont signé un contrat d'engagement de service public le choisissent au cours de la dernière année de leurs études sur une liste, établie par le Centre national de gestion sur proposition des ARS, de lieux d'exercice où l'offre médicale est insuffisante ou la continuité de l'accès aux soins est menacée, en priorité les zones de revitalisation rurale et les zones urbaines sensibles. Les internes expriment un ordre préférentiel et peuvent se porter candidats simultanément à cinq lieux d'exercice. C'est le Centre national de gestion qui arrête pour chaque candidat le lieu d'exercice retenu, au vu notamment du projet professionnel. Le dispositif prévu par le décret modificatif revient à permettre une affectation prioritaire au bénéfice des internes en formation dans une ARS, si le directeur général de l'ARS exprime son accord.

Le Conseil d'État a estimé que ce système de priorité régionale**,** appelé à jouer en aménagement du système national d'affectation, ne méconnaissait pas le principe d'égalité devant la loi, à condition que la priorité régionale ne trouve à s'appliquer qu'à projet professionnel présentant un intérêt égal, compte tenu de l'intérêt général des objectifs poursuivis et dès lors que le choix par les internes de leur lieu de formation intervient selon des règles objectives**.** [*section de l'administration*]

Diplôme de formation médicale spécialisée – Possibilité pour le pouvoir réglementaire de ne pas épuiser une délégation législative en un seul texte

L'article L. 632-12 du code de l'éducation comporte un paragraphe qui prévoit qu'un décret en Conseil d'État fixe : « *Les conditions dans lesquelles l'expérience acquise au cours de l'exercice professionnel peut être validée, en tout ou partie, en vue de l'obtention d'un diplôme de formation médicale spécialisée, dans une limite compatible avec les besoins de soins de la population et après une durée minimum d'exercice de la spécialité correspondant à la formation initiale*. » Pour l'application de cette disposition, le Conseil d'État a été saisi du projet de décret relatif aux modalités de prise en compte de l'expérience acquise au cours de l'exercice professionnel en vue de l'obtention d'un diplôme d'études spécialisées complémentaires en médecine.

Ce projet n'épuise pas totalement la délégation législative qui concerne tout diplôme de formation médicale spécialisée. Il existe, en effet, deux groupes de diplômes d'études spécialisées complémentaires de médecine, lesquels peuvent être acquis dans le cadre du troisième cycle des études médicales. Or, le projet du Gouvernement ne traite que de la délivrance, par validation de l'expérience professionnelle, des seuls diplômes d'études spécialisées complémentaires d'un seul groupe. Ce choix résulte de la position de la Commission européenne qui a considéré que les diplômes de l'autre groupe ne peuvent être délivrés sur le fondement de la directive 2005/36 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, au motif que l'expérience acquise dans ces spécialités ne peut faire l'objet d'une reconnaissance automatique et être regardée comme étant équivalente à une formation telle que définie à partir des critères précisés à l'article 25 de cette directive. Or, celle-ci est en cours de refonte. Le Gouvernement a préféré attendre l'intervention de la directive modifiée pour compléter, si besoin en est, le décret. Aucun principe ne s'oppose à ce que le pouvoir réglementaire puisse ne pas épuiser, par un seul texte, une délégation législative qui lui a été donnée, dès lors que les textes d'application sont pris dans un délai raisonnable. Dès lors, en l'espèce, le Conseil d'État (section sociale) a estimé que le choix du Gouvernement n'appelait aucune critique. [*section sociale*]

Ordre national des infirmiers – Prorogation du mandat des membres

Le Conseil d'État (section sociale) a été saisi d'un projet de décret ayant pour objet, d'une part, de préciser les modalités temporelles du mandat des membres des conseils de certains ordres des professions paramédicales et de leur chambre disciplinaire, en modifiant des dispositions du décret du 26 février 2010 relatif à ces modalités et, d'autre part, de proroger le mandat de certains membres élus à l'ordre des infirmiers déjà prolongé par l'article 63 de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires. En effet, cet article a été déclassé par la décision n° 2011-227 L du 10 novembre 2011 du Conseil constitutionnel rendue sur demande du Premier ministre, en application de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution. En cette matière, le Conseil d'État statuant au contentieux juge illégale la prorogation d'un mandat déjà expiré. Cette prolongation doit, en outre, revêtir un caractère exceptionnel et transitoire. En l'espèce, la section sociale a considéré que les graves difficultés qu'a rencontrées l'ordre des infirmiers depuis sa création et qui ne se sont toujours pas résolues justifient une telle prorogation des mandats. [*section sociale*]

Union nationale des professionnels de santé – Composition – Représentation des médecins – Spécialités – Compétence du pouvoir réglementaire

Le Conseil d'État (section sociale), saisi d'un projet de décret relatif à la modification du mode de désignation des membres de l'Union nationale des professionnels de santé (UNPS), en a disjoint l'une des dispositions qui avait pour objet de répartir, à parts égales, les sièges réservés dans cet organisme aux médecins, entre les médecins généralistes et les médecins spécialistes. En effet, il a estimé que si l'article L. 182-4 du code de la sécurité sociale dispose que la *« composition de l'UNPS est fixée par décret en Conseil d'État »*, il précise aussi que ce décret, en fixant cette composition, doit prendre « *en compte les effectifs des professions concernées* ». Par cette rédaction, le législateur n'a nullement permis qu'au sein d'une même profession, le pouvoir réglementaire distingue, pour déterminer la composition de l'UNPS, les différentes composantes de la profession, en l'espèce les médecins généralistes et les médecins spécialistes. Lorsque le législateur entend créer une représentation différenciée des composantes de la profession médicale, il le prévoit expressément, comme il l'a fait à l'article L. 4031-2 du code de la santé publique pour la représentation des médecins en trois collèges (médecins spécialistes, médecins généralistes et chirurgiens, anesthésistes et obstétriciens) dans les unions régionales de professionnels de santé. En l'absence d'une telle disposition l'y habilitant expressément, le pouvoir réglementaire ne pouvait y procéder. Enfin, cette disposition paraissait peu cohérente avec la mission dévolue par la loi à l'UNPS consistant à rassembler les professions de santé libérales autour de problématiques communes pour permettre la signature d'un accord interprofessionnel avec l'Union nationale des caisses d'assurance maladie, et non de favoriser les spécificités internes à chaque profession. Ces dernières peuvent trouver à se concrétiser par la signature avec l'Union des conventions propres aux médecins qui, aux termes de l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale, peuvent être conclues distinctement avec les médecins généralistes et avec les médecins spécialistes. [*section sociale*]

Développement professionnel continu (DPC) – Organisme gestionnaire du DPC – Compétence du pouvoir réglementaire – Convention constitutive du groupement

Cinq projets de décret relatifs au développement professionnel continu (DPC) des professionnels de santé – pour les médecins, les chirurgiens-dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes, et les professionnels paramédicaux – ont été examinés par le Conseil d'État (section sociale). S'agissant du projet de décret relatif à l'organisme gestionnaire du DPC, il en a disjoint plusieurs dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement du groupement d'intérêt public constitué par ce dernier dès lors que ces matières relèvent de la convention constitutive du groupement, en application de l'article 99 de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Le Conseil d'État (section sociale) a considéré que le décret ne pouvait intervenir en cette matière que pour les seuls domaines expressément délégués au pouvoir réglementaire par l'article L. 4021-1 du code de la santé publique : la composition du conseil de gestion et les règles de répartition des ressources entre les sections. En outre, il a considéré que les dispositions relatives aux instances de l'organisme gestionnaire autres que l'assemblée générale et le conseil de gestion, lesquels ne sont pas des organes délibérants au sens de l'article 103 de la loi du 17 mai 2011, pouvaient être fixées par voie réglementaire. [*section sociale*]

4.12.2. Établissements de santé

Tarification à l'activité des établissements de santé – Sanctions financières – Directeur général de l'ARS – « Taux d'anomalies constatées »

À l'occasion de l'examen d'un projet de décret modifiant les dispositions relatives au contrôle de la tarification de l'activité des établissements de santé, la section sociale a relevé qu'il modifiait à nouveau les dispositions relatives au contrôle de cette tarification, lesquelles l'ont déjà été à plusieurs reprises depuis leur création en 2006. Cette instabilité juridique, également constatée pour ce qui est de la base légale de ce contrôle, c'est-à-dire l'article L. 162-22-18 du code de la sécurité sociale, est sans doute révélatrice de difficultés juridiques et techniques, mais témoigne surtout de la sensibilité politique et professionnelle qui s'attache à ces textes. Il s'agit en effet de la procédure de contrôle et de sanction visant à garantir la bonne application des règles la tarification à l'activité (T2A) dans les établissements de santé. Compte tenu de la complexité de la réforme, une procédure particulière de contrôle a été instituée. Elle repose sur un programme de contrôle régional annuel établi par le directeur général de l'ARS, sur proposition d'une commission de contrôle et piloté par une « unité de coordination régionale » constituée pour l'essentiel de médecins inspecteurs de la santé publique et de praticiens conseils. Les contrôles sont réalisés sur pièces et sur place et consistent en une vérification d'échantillons portant, pour une durée déterminée, sur l'ensemble des activités de l'établissement soumises à ce mode de tarification ou sur des activités, prestations ou ensembles de séjours plus spécifiques.

À l'issue du contrôle, une sanction financière peut être prononcée par le directeur général de l'ARS, dont le montant est « *fonction du pourcentage des sommes indûment perçues par rapport aux sommes dues et du caractère réitéré des*

manquements » en application de l'article L. 162-22-18. Cette sanction ne peut excéder 5 % des recettes annuelles d'assurance maladie de l'établissement. La mise en œuvre de ces procédures de contrôle a, dès l'origine, été délicate et source de différends. Il est vrai que son impact est non négligeable puisque cette procédure permettrait aux caisses de recouvrer chaque année une somme de l'ordre de 50 millions d'euros, dont 10 % au titre de la récupération des indus et 90 % au titre des pénalités. Cette réglementation est, en tout état de cause, l'objet de tensions entre les pouvoirs publics et les établissements de santé, notamment par l'intermédiaire de leurs fédérations professionnelles.

Le projet de décret comportait, outre quelques ajustements de procédure, deux innovations principales : il tendait à permettre la prise en compte des sous-évaluations de facturation constatées à l'occasion du contrôle, pour apprécier le comportement de l'établissement et fixer le niveau de la sanction. Il modifie substantiellement les modalités de calcul du plafond de la sanction en substituant à un barème progressif une approche fondée sur le « taux d'anomalies constatées ». Cette modification se traduisait par un mécanisme souvent plus favorable que celui résultant du régime antérieur, mais pouvait être plus défavorable lorsque le taux d'anomalies est très élevé. Une telle modification réglementaire, même si elle n'a pas semblé de nature à garantir la pérennité du dispositif, a reçu un avis favorable du Conseil d'État qui a considéré qu'elle n'était contraire à aucune norme ou principe supérieur. [*section sociale*]

4.12.3. Prise en charge des soins

Préparations magistrales et officinales – Abrogation illégale de dispositions en l'absence de mesure de remplacement

Le Conseil d'État (section sociale), saisi d'un projet de décret modifiant le décret du 22 octobre 2009 relatif à l'exécution des préparations magistrales et officinales, n'a pu donner un avis favorable aux dispositions de ce projet qui abrogent les dispositions réglementaires précisant le régime d'autorisation préalable par le directeur général de l'agence régionale de santé auquel sont soumises les préparations dangereuses mentionnées à l'article L. 5132-2 du code de la santé publique.

En effet, l'abrogation de ces dispositions n'est pas dictée par l'illégalité dont celles-ci seraient entachées, mais seulement par des difficultés rencontrées pour leur mise en œuvre et qui n'est assortie d'aucune mesure de remplacement. En outre, elle aurait pour effet de priver le deuxième alinéa de l'article L. 5125-1-1 de toute portée à une date à laquelle le délai raisonnable pour prendre les mesures d'application de ces dispositions est échu. Par suite, cette abrogation serait donc illégale. [*section sociale*]

4.13. Sécurité sociale et action sociale

4.13.1. Sécurité sociale

Objectif national de l'assurance maladie – Actes thérapeutiques coûteux – Participation de l'assuré

Le Conseil d'État (section sociale) a été saisi d'un projet de décret qui modifie les modalités de la participation de l'assuré aux actes thérapeutiques ou diagnostiques coûteux réalisés en ville ou dans le cadre d'une hospitalisation. Il s'agit d'une série de mesures décidées en vue de réaliser des économies aux fins de respecter, pour l'année 2011, l'objectif national de dépense d'assurance maladie (ONDAM). La participation de l'assuré est fixée, depuis 2006, à un forfait de 18 euros pour les actes thérapeutiques ou diagnostiques coûteux en ville ou à l'hôpital. Sont aujourd'hui considérés comme coûteux les actes dont le montant est d'un prix égal ou supérieur à 91 euros pour les actes techniques médicaux, ou classés au coefficient 50 ou plus pour les actes médicaux cliniques et les actes professionnels autres que médicaux. En deçà de ce seuil, la participation de l'assuré est de droit commun : 30 % en médecine de ville et 20 % en établissement de santé. Au-delà, la participation de l'assuré devient forfaitaire à 18 euros. La mesure prévue ne consiste pas à augmenter la participation de l'assuré qui reste fixée à 18 euros, mais à relever le seuil du coût de l'acte de 91 à 120 euros et le coefficient de 50 à 60. La section sociale a considéré, à l'instar de précédentes modifications de ce régime, que celle projetée trouvait sa base légale dans le 1° de l'article L. 322-3 du code de la sécurité sociale, qui prévoit que la participation de l'assuré mentionnée peut être limitée ou supprimée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État lorsque, à l'occasion d'une hospitalisation ou au cours d'une période de temps déterminée, la dépense demeurant à la charge de l'intéressé dépasse un certain montant. [*section sociale*]

Affection de longue durée – Frais de transport des malades – Participation de l'assuré

Les conditions de prise en charge des frais de transport pour les malades reconnus atteints d'une affection de longue durée (ALD) ont fait l'objet d'un projet de décret aux fins de limiter les dépenses correspondantes. L'article L. 322-3 du code de la sécurité sociale dispose : *« la participation de l'assuré […] peut être limitée ou supprimée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État »* dans un certain nombre de cas, dont celui où *« le bénéficiaire a été reconnu atteint d'une des affections, comportant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse »*. La section sociale a considéré qu'en restreignant la prise en charge des frais de transport des malades en ALD aux cas où l'état de ces malades est le plus grave et justifie une ambulance ou un transport assis professionnalisé, le pouvoir réglementaire n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. En effet, la capacité de modifier, dans une certaine mesure, la prise en charge par l'assurance maladie a été reconnue par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, notamment ses décisions 2004-504 DC et 2007-558 DC. Il y a été jugé que le législateur peut instituer une participation forfaitaire,

à condition que le montant de cette dernière ne soit pas fixé à un niveau tel que le droit à la santé reconnu par le préambule de la Constitution de 1946 ne soit méconnu. [*section sociale*]

Prérogative des caisses – Régulation des dépenses des médicaments prescrits à l'hôpital – Pénalités financières – Majoration – Compétence législative

Le Conseil d'État (section sociale) a été saisi d'un projet de décret relatif à la régulation des dépenses de médicaments et de certains produits et prestations résultant de prescriptions médicales effectuées dans les établissements de santé et remboursées sur l'enveloppe de soins de ville. Il en a disjoint certaines dispositions relatives au recouvrement, par la caisse de sécurité sociale bénéficiaire, des pénalités financières prononcées par le directeur général de l'agence régionale de santé, dans les cas prévus aux articles L. 162-30-2 et L. 322-5-5 du code de la sécurité sociale. En effet, en tant qu'elles fixent le principe, en cas de retard de paiement, d'une majoration de la pénalité définie par la loi et qu'elles confèrent au directeur de la caisse la faculté de délivrer une contrainte comportant les mêmes effets qu'un jugement, les dispositions de cet alinéa ont trait aux principes fondamentaux des obligations civiles et de la sécurité sociale et ne peuvent, par suite, voir leur champ d'application étendu à d'autres catégories de créances que par la loi.

En outre, le Conseil d'État a attiré l'attention du Gouvernement sur l'utilité d'une révision d'ensemble des dispositions du code de la sécurité sociale relatives aux prérogatives des caisses en matière de recouvrement de leurs créances, afin de s'assurer de leur conformité à l'article 34 de la Constitution, de leur cohérence et de leur pertinence au regard des objectifs poursuivis. [*section sociale*]

Fraude sociale et contrôle

Chaque année, les dispositions relatives à la lutte contre la fraude sociale font l'objet d'un chapitre dans le projet de loi de financement de la sécurité sociale. Celui soumis à l'examen du Conseil d'État comportait des mesures relatives à l'harmonisation des dispositions relatives aux pénalités et sanctions financières prononcées par les organismes de sécurité sociale, aux recours contre les tiers, aux échanges d'informations entre les organismes de sécurité sociale et les consulats, à la situation des non-salariés sans activité, à la sanction financière en cas de recours à de faux indépendants et à la transmission des données « Tracfin » aux organismes de sécurité sociale. [*section sociale*]

Sanction administrative – Pénalités financières – Contrôle par échantillonnage – Garanties procédurales

Le Conseil d'État (section sociale) a été saisi d'un projet de décret relatif à la procédure de contrôle par échantillonnage prévue à l'article L. 162-1-14-2 du code de la sécurité sociale. La mise en œuvre de pénalités financières en cas d'indus pour l'assurance maladie a été instaurée par la loi du 13 août 2004 et codifiée à l'article L. 162-14-1 du même code. Ce dispositif de sanction administrative a été affiné et rendu plus efficace, notamment par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, mais il n'est pas opérationnel pour le contrôle d'un certain nombre de structures médicales très importantes dont le montant nominal du chiffre d'affaires dépasse un seuil fixé par arrêté ministériel, pour lesquelles un contrôle exhaustif est matériellement impossible. Certaines activités représentent en effet des volumes de facturation sans commune mesure avec les moyens humains et administratifs disponibles dans les services de contrôle. C'est pourquoi la loi de financement de la sécurité sociale pour 2010 a mis en place, pour de telles structures, un dispositif de contrôle par échantillonnage, plus adapté. La pénalité sera calculée par extrapolation sur l'ensemble de l'activité concernée à partir du « taux d'indus » constaté sur l'échantillon contrôlé. Compte tenu du caractère particulier de ce type de contrôle, il fait l'objet de strictes garanties procédurales. La méthode de contrôle par échantillonnage n'est pas une nouveauté en droit de la sécurité sociale. Après avoir refusé une telle procédure de contrôle « aléatoire » par un arrêt du 21 janvier 1993, la chambre sociale de la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence par un arrêt du 11 mai 2001 et accepté cette méthode dès lors qu'elle est fondée sur des bases objectives et suffisamment fiables. Un projet de décret avait déjà été examiné par le Conseil d'État en 2005, mais était resté sans suite en raison de réserves émises par des organisations professionnelles d'employeurs. Un nouveau projet de décret a été codifié en 2007 à l'article R. 243-59-2 du code de la sécurité sociale. Le Conseil d'État statuant au contentieux, dans sa décision *Société Colas* du 18 février 2009, a rejeté la requête tendant à l'annulation de cette disposition, en insistant notamment sur l'ensemble des garanties procédurales encadrant le recours à ce dispositif de contrôle.

À l'occasion de ce troisième projet de décret, la section sociale a considéré que la structure médicale susceptible de faire l'objet d'un tel contrôle devait bénéficier pleinement des droits de la défense, et qu'il convenait, à cet effet, de l'informer de la pénalité dont elle était passible et de la procédure du contrôle par échantillonnage pratiquée, afin qu'elle soit en mesure de reconstituer le « taux d'indus » relevé par la caisse. La procédure contradictoire finalement retenue a été arrêtée par référence à celle relative au contrôle opéré par l'URSSAF (article R. 243-59-2 du même code). [*section sociale*]

Protection sociale complémentaire – Qualification de contrats collectifs – Principe d'égalité – Raisons objectives et pertinentes justifiant un tel avantage

Une convention collective ou un employeur peuvent-ils réserver à une partie de leurs salariés (en pratique leurs cadres) des avantages en matière de prestations sociales (santé, retraites, invalidité, décès), ces avantages bénéficiant d'une fiscalité plus avantageuse ? C'est à cette question délicate, au regard notamment du principe d'égalité de traitement et d'égalité devant l'impôt, que le Conseil d'État (section sociale) a été conduit à répondre à l'occasion de l'examen du projet de décret relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire.

Aux termes des dispositions de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 : « *Sont exclues de l'assiette des cotisations [de sécurité sociale] les contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance versées au bénéfice de leurs salariés, anciens salariés et de leurs ayants droit par les organismes [mutuelles ou compagnies d'assurance] et proposant des contrats mentionnés […] lorsque ces garanties entrent dans le champ des articles L. 911-1 et L. 911-2 du présent code, revêtent un caractère obligatoire et bénéficient à titre collectif à l'ensemble des salariés ou à une partie d'entre eux sous réserve qu'ils appartiennent à une catégorie établie à partir de critères objectifs déterminés par décret en Conseil d'État.* »

C'est précisément sur la qualification de contrat collectif que le Conseil d'État devait se prononcer. En effet, les dispositions du projet de décret ne pouvaient être conformes au principe d'égalité devant les charges publiques que si les critères étaient en rapport direct avec cet objet. Il y avait donc lieu de vérifier si le critère de la catégorie professionnelle était pertinent au regard de l'objet ou de la finalité spécifique de l'avantage en cause. Le principe d'égalité s'imposait avec d'autant plus de force qu'il s'accompagnait d'un avantage fiscal.

Or, la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur les avantages catégoriels peut prêter à hésitation sur la définition de la distinction pertinente au regard de l'objet de la loi. La Cour de cassation juge que le recours aux classifications professionnelles pour distinguer entre les avantages accordés ne dispense pas le juge d'examiner s'il existe des raisons objectives de justifier ces différences.

Le Conseil d'État s'est efforcé de définir les raisons objectives et pertinentes justifiant l'avantage catégoriel que constitue un régime de protection sociale complémentaire. Outre des considérations historiques, il a pris en compte l'objectif tendant à encourager les entreprises à développer des prestations sociales complémentaires pour leurs salariés qui ne résultent pas d'une démarche individuelle d'assurance, alors même qu'elles ne souhaitent pas nécessairement l'étendre au bénéfice de tous leurs salariés.

S'agissant des conditions d'une exonération de cotisations sociales, le Conseil d'État a été conduit à vérifier que les critères retenus étaient objectifs et rationnels au regard du but poursuivi. Il en a validé la pertinence à la seule exception de deux critères, l'un trop étroit – les cadres dirigeants –, l'autre trop flou – les catégories de salariés définis par un accord d'entreprise. Il a en outre établi une distinction entre le risque vieillesse pour lequel des avantages catégoriels sont possibles et le risque maladie pour lequel tous les salariés doivent être couverts. [*section sociale*]

4.13.2. Action sociale

Personnes handicapées – Accessibilité des lieux de travail – Évacuation – Espaces d'attente sécurisés

Le Conseil d'État (section sociale) a été saisi d'un projet de décret relatif à l'évacuation des personnes handicapées des lieux de travail dans les bâtiments neufs. Il a pour objet d'imposer, dans les lieux de travail aménagés en faveur des personnes handicapées des bâtiments neufs ou des parties neuves d'un bâtiment existant, l'obligation de disposer d'espaces d'attente sécurisés (EAS) ou d'espaces équivalents. Ces espaces permettent de préserver des conséquences d'un incendie, pendant une durée minimale d'une heure, les personnes handicapées qui n'ont pu être évacuées immédiatement, dans l'attente de leur évacuation par une aide extérieure. La base légale de ce texte réside à la fois dans le code de la construction et de l'habitation et dans le code du travail. L'article L. 111-7 du code de la construction et de l'habitation prévoit que : « *Les dispositions architecturales, les aménagements et équipements intérieurs et extérieurs des locaux d'habitation, qu'ils soient la propriété de personnes privées ou publiques, des établissements relevant du public, des installations ouvertes au public et des lieux de travail doivent être tels que ces locaux et installations soient accessibles à tous, et notamment aux personnes handicapées, quel que soit le type de handicap, notamment physique, sensoriel, cognitif, mental ou psychique* » dans les bâtiments ou parties de bâtiments neufs. Quant à l'article L. 4111-6 du code du travail, il renvoie à des décrets en Conseil d'État le soin de déterminer les mesures générales de santé et de sécurité. Les articles L. 4211-1 et 2 du même code fixent les obligations des **maîtres d'ouvrage destinés à recevoir des travailleurs** et renvoient au décret le soin de fixer les règles de santé et de sécurité à mettre en œuvre.

Saisi en 2009 de dispositions similaires, le Conseil d'État avait dû les disjoindre en raison d'une subdélégation illégale à un arrêté ministériel aux fins de déterminer l'ensemble des caractéristiques des espaces d'attente sécurisés, sans aucun encadrement du pouvoir réglementaire. Le projet soumis en 2011 à l'examen du Conseil d'État a été regardé comme respectant la hiérarchie des normes dès lors qu'il développait de façon plus complète les dispositions relatives aux EAS, en tenant compte de la publication, intervenue entre temps, de l'arrêté du ministre de l'intérieur, portant approbation de diverses dispositions complétant et modifiant le règlement de sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public. De plus, une disposition relative aux espaces d'attente sécurisés a été introduite, pour ces établissements, à l'article R. 123-7 du code de la construction et de l'habitation. [*section social*]

4.14. Travail, emploi et formation professionnelle

4.14.1. Article L. 1 du code du travail

Absence d'obligation d'ouvrir une négociation

■ Lors de l'examen du premier projet de loi de finances rectificative pour 2011, le Conseil d'État (section des finances) a examiné un article visant notamment à instaurer une modulation du taux et un ajustement du seuil d'exigibilité de la contribution supplémentaire à l'apprentissage, laquelle revêt un caractère fiscal. Il a considéré que cette mesure ne constituait pas un projet de réforme portant sur une matière relevant du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle, au sens de l'article L. 1 du code du travail. En effet, si le financement de l'apprentissage peut être regardé comme relevant de la formation professionnelle et les mesures proposées comme constituant une réforme, au sens de cet article L. 1, les dispositions relatives aux cotisations et contributions fiscales et sociales à caractère obligatoire ne sont pas en principe régies par cet article. En l'espèce, les mesures relatives aux modalités d'assiette et de recouvrement de l'impôt, régaliennes par nature, ne peuvent constituer une question dont les partenaires sociaux entendraient se saisir pour, comme le prévoit l'article L. 1 du code du travail, la traiter, préalablement à l'élaboration d'un texte, par la voie de la négociation interprofessionnelle. [*section des finances*]

■ Lors de l'examen du projet de loi de financement rectificatif de la sécurité sociale créant une prime liée aux dividendes distribués, le Conseil d'État (section sociale) a observé que, bien que la procédure prévue par l'article L. 1 du code du travail n'ait pas été entièrement respectée, les partenaires sociaux avaient néanmoins été saisis de la question dont le projet est l'une des traduction dans l'ordre législatif, pour en déduire que l'objet de l'article L. 1 n'avait pas été méconnu. [*section des finances*]

4.14.2. Droits collectifs des salariés

Prime des salariés liée aux dividendes des actionnaires – Domaine exclusif de la loi de financement de la sécurité sociale

Pour la première fois, le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi de financement rectificatif de la sécurité sociale (PLFRSS). Sa disposition essentielle avait pour objet la création d'une obligation de négocier le versement d'une prime aux salariés, en cas d'augmentation sur deux exercices consécutifs du montant des dividendes versés aux actionnaires. Il a considéré, au rapport de la section sociale, qu'une telle disposition relevait du domaine exclusif des lois de financement de la sécurité sociale, dans la mesure où elle créait, pour cette prime, un régime non compensé d'exonération des charges sociales. Il a observé qu'aucun motif ne pouvait justifier l'exonération des entreprises publiques de cette obligation.

Il a en outre appelé l'attention du Gouvernement sur la nécessité de préciser que l'objet du projet qui consistait à intéresser les salariés à l'augmentation du dividende des actionnaires était seul de nature à justifier, au regard du principe d'égalité, le critère retenu par le Gouvernement. [*section sociale*]

Organisations syndicales – Mesure de l'audience dans les très petites entreprises – Principe d'égalité de traitement – Distinction justifiée et proportionnée

Saisi d'un projet de décret relatif à la mesure de l'audience des organisations syndicales dans les entreprises de moins de onze salariés, le Conseil d'État (section sociale) s'est assuré, à titre liminaire, que ce projet tirait toutes les conséquences de niveau réglementaire des dispositions législatives relatives à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Il a précisé qu'une organisation syndicale doit être regardée comme légalement constituée à la date de la réunion de l'assemblée de personnes qui décide sa création, et non à la date de réception par l'autorité publique de la transmission de ses statuts. Ensuite, il a vérifié que les différences de traitements entre les entreprises de moins de onze salariés et les autres entreprises, au titre des prérogatives des organisations syndicales ouvertes dans le cadre du processus de mesure de leur audience, sont justifiées et proportionnées. De plus, il s'est assuré de la possibilité d'un recours effectif en cas de défaut d'inscription d'un salarié sur les listes électorales. Il a considéré également que dès lors qu'une organisation syndicale, personne morale, ne peut pas par une déclaration sur l'honneur attester qu'elle remplit une condition légale, c'est à son représentant légal qu'il appartient d'y procéder. Enfin, il a confirmé que, dès lors que les salariés âgés de 16 à 18 ans sont électeurs dans le présent vote, ils peuvent être requérants dans les contestations relatives à la liste électorale, aux candidatures et au déroulement des opérations électorales. En outre, il a admis compte tenu du caractère d'intérêt général de l'objectif poursuivi, l'utilisation de définitions légèrement différentes de la catégorie des « cadres » dans les processus de mesure de l'audience des organisations syndicales de salariés. [*section sociale*]

Entreprises de dimension européenne – Comités d'entreprise européens – Principe constitutionnel de la liberté contractuelle – Principe d'égalité – Consultation – Information

Le Conseil d'État (section sociale) a été saisi d'un projet d'ordonnance portant transposition de la directive 2009/38/CE du 6 mai 2009 « *concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprise de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs* ». Cette directive répond à quatre objets : assurer l'effectivité du droit à l'information et à la consultation transnationale, notamment dans les situations de restructuration ; remédier à l'insécurité juridique qui résulte de certaines dispositions ou de certains manques de la directive ; assurer une meilleure articulation en matière d'information et de consultation des travailleurs avec d'autres directives ; accroître le nombre des comités d'entreprise européens au nombre actuellement de plus d'un millier.

La section s'est assurée de la bonne transposition des définitions figurant dans la directive, tout particulièrement des notions « d'obligation d'information » et « d'obligation de consultation », eu égard à la confusion fréquemment commise entre ces deux types d'obligations. Si l'étape de l'information est importante, il s'agit d'orienter progressivement les comités d'entreprise européens vers davantage de consultations. Les notions de « questions transnationales », qui fondent la compétence du comité, et de l'articulation entre les compétences du comité d'entreprise européen et les prérogatives des institutions représentatives nationales, lesquelles doivent faire l'objet d'un accord en droit interne, ont été également examinées de manière approfondie.

À l'occasion de cet exercice de transposition, le Conseil d'État a été conduit à trancher deux questions de droit. La première résulte de la différence de la portée, en droit de l'Union et en droit national, des notions de secret professionnel et d'obligation de discrétion qui pèsent sur les représentants des personnels, au titre des informations dont ils sont détenteurs en raison de leur mandat. Se fondant sur la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 du Conseil constitutionnel, la section sociale a considéré que la transposition en droit national de nouvelles dispositions relatives à ces notions, ne posait aucun problème d'ordre constitutionnel ou conventionnel.

La seconde question de droit était relative au maintien en vigueur et aux modalités d'application des stipulations des accords déjà conclus pour une durée indéterminée par des entreprises françaises de niveau européen.

La section sociale a confirmé la validité du maintien de différences dans l'application de la loi dans le temps qui résultent de ce que les dispositions nouvelles ne sont pas applicables, sans limite dans le temps, aux entreprises de niveau européen qui avaient déjà conclu de tels accords. Une telle différence est justifiée, outre par la rédaction même des directives antérieures à la directive 2009-38, par le principe constitutionnel de la liberté contractuelle. En effet, les accords légalement conclus, au regard du droit national, à la date à laquelle ils ont été négociés, continuent à s'appliquer aux entreprises ou groupes européens au sein desquels ils ont été conclus. [*section sociale*]

4.14.3. Emploi et formation professionnelle

Lutte contre le travail illégal – Déclaration préalable à l'embauche – Déclaration unique d'embauche – Fusion – Consultation de la CNIL

Le Conseil d'État (section sociale) a été saisi d'un projet de décret relatif à la déclaration préalable à l'embauche et à la déclaration unique d'embauche. Cette fusion entre la déclaration préalable à l'embauche (DPAE) et la déclaration unique d'embauche (DUE) est l'une des mesures décidées dans le cadre de la révision générale des politiques publiques (RGPP) le 19 octobre 2009. Elle était ainsi énoncée : « *Réduire les informations demandées lors de la déclaration préalable à l'embauche et expérimenter la déclaration simplifiée par téléphone.* » Le Gouvernement a cherché à sécuriser la déclaration préalable à l'embauche, obligation à la charge des employeurs, en la fusionnant avec la procédure électronique de déclaration unique d'embauche. En simplifiant à l'extrême la déclaration d'embauche d'un nouveau salarié, il s'agit de lutter efficacement contre le travail illégal résultant de l'absence de déclaration des salariés à la sécurité sociale. Les traitements de données personnelles déclarées résultant tant de la DPAE que de la DUE avaient déjà été autorisés par des délibérations de la CNIL. Dans ces conditions, la section a considéré que le projet de décret n'avait pas à lui être à nouveau soumis, dès lors qu'il avait fait l'objet des saisines requises en temps utile. [*section sociale*]

Formation professionnelle en alternance – Expérience professionnelle des maîtres d'apprentissage – Contrat de professionnalisation

Les partenaires sociaux ont conclu un accord national interprofessionnel le 7 juin 2011 sur l'accès des jeunes à l'alternance et aux stages. Cet accord a été transposé et complété par une loi promulguée le 28 juillet 2011. Deux projets de décret ont été soumis à l'examen du Conseil d'État. Le premier tendait à assouplir raisonnablement la condition d'expérience des maîtres d'apprentissage. Le second était relatif au dépôt des contrats de professionnalisation. Dans les deux cas, ces projets tendaient à la simplification des procédures et avaient pour objet de rendre plus facile pour les employeurs le recours à des salariés formés en alternance, que ce soit par la voie de l'apprentissage ou par celle de contrats de professionnalisation. Plusieurs facultés ont été données telles que la simplification administrative par l'enregistrement auprès des seules chambres consulaires par la voie de la télé-déclaration, ou l'allégement de certaines conditions de fond, en veillant à ce que celles-ci restent compatibles avec un bon niveau d'acquisition du métier.

À cette occasion, le Conseil d'État s'est prononcé sur la possibilité d'instituer un mécanisme prévoyant l'automaticité de la prise en charge, par les organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA), faute de réponse de ces derniers dans un délai de vingt jours. Il a considéré, au vu des dispositions de l'article L. 6332-14 du code du travail, qu'il était possible, par la voie réglementaire, de fixer la règle selon laquelle la prise en charge est de droit, sauf le cas où le contrat de professionnalisation ne satisfait pas aux prescriptions de la loi, du décret ou de la convention. L'absence de réponse explicite de l'OPCA dans les vingt jours peut ainsi valoir acceptation implicite de la prise en charge. [*section sociale*]

Organismes paritaires collecteurs agréés – Convention de délégation – Mandat de gestion – Renforcement de l'encadrement

Constatant certaines dérives en matière de frais de gestion d'organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA), le Gouvernement a saisi le Conseil d'État (section sociale) d'un projet de décret relatif aux conventions de délégation de mise en œuvre des décisions de gestion pouvant être conclues par ces organismes, visant à modifier une nouvelle fois l'article R. 6332-17 du code du travail, relatif aux conditions d'agrément des OPCA. Trois séries de mesures ont été prévues.

En premier lieu, il convenait de mieux encadrer le mandat de gestion pour éviter le dessaisissement du conseil d'administration et de rendre possible la délégation à des organismes paritaires, les seuls organismes délégataires étant actuellement les organismes directement liés à des organisations d'employeurs. À cet égard, la section sociale a admis que les OPCA puissent conclure des conventions de délégation de gestion non seulement avec des personnes morales relevant d'organisations patronales, comme c'est le cas aujourd'hui, mais aussi avec des personnes morales relevant d'organisations d'employeurs et d'organisations syndicales de salariés. En outre, a été prévu un encadrement plus strict de ces conventions de délégation, notamment en matière d'administration, d'information et de gestion de frais limitativement énumérés à l'article R. 6332-36 du même code.

En deuxième lieu, il s'agissait d'empêcher que, par le jeu des délégations de gestion à des sections professionnelles, ne soit mise en échec la mutualisation des fonds et la transparence, notamment comptable, de ces organismes, associations et sociétés régies par le droit commercial.

En troisième lieu et enfin, toujours aux fins d'accroître la transparence, seront désormais requis des comptes rendu annuels d'emploi des fonds plus précis que ceux actuellement fournis, un nouveau cadre de présentation étant défini à cet effet. [*section sociale*]

4.15. Transports

Gares et infrastructures accessoires du réseau ferroviaire – Autonomie et transparence de gestion de ces équipements – SNCF – Condition de nomination d'un directeur sectoriel

Saisi d'un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et aux autres infrastructures de services du réseau ferroviaire, le Conseil d'État (section des travaux publics) a relevé que l'accès dans des conditions transparentes et non discriminatoires aux infrastructures accessoires du réseau ferroviaire et aux infrastructures de services constitue, tout autant que l'accès au réseau, un enjeu essentiel de la libéralisation du transport ferroviaire. Il s'agit des « facilités essentielles » au sens de la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 concernant la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité. Sont concernées très concrètement les quelque 3 000 gares de voyageurs mais aussi les infrastructures telles que

les installations d'alimentation électrique, les gares d'aiguillage, les terminaux de marchandises, les centres d'entretien, les stations de carburant, les voies de remisage, qui relèvent notamment de Réseau ferré de France (RFF) et de la Société nationale des chemins de fer français (SNCF), en tant que gestionnaire délégué.

Or, si le code des transports et divers textes d'application édictent d'ores et déjà des règles à cet effet, le dispositif en vigueur est apparu insuffisant.

La section des travaux publics a estimé que le projet tendait à renforcer l'autonomie des activités de gestion de ces équipements en modifiant les règles de gouvernance de la direction de la SNCF en charge des gares et en définissant de façon plus précise le périmètre des prestations fournies à partir de facilités essentielles et leurs règles de tarification.

À l'occasion de l'examen de ce projet de décret, elle a en outre relevé que ce dernier prévoyait que le directeur des gares est nommé par le conseil d'administration de la SNCF sur proposition de son président. Cette disposition prive celui-ci de la prérogative traditionnellement dévolue à l'organe exécutif d'un établissement public de nommer aux emplois de direction, alors d'ailleurs que, s'agissant de la direction en charge des circulations ferroviaires de la SNCF, le législateur est intervenu pour définir des règles particulières de nomination du directeur, en attribuant ce pouvoir au Premier ministre.

La section des travaux publics a néanmoins estimé que cette mesure, qui a au demeurant pour objet de mieux transposer la directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001 mentionnée ci-dessus, en matière de sécurité en renforçant l'autonomie des activités de gestion des infrastructures ferroviaires, n'empiétait pas sur les règles constitutives de la catégorie d'établissement public à laquelle se rattache la SNCF et que l'intervention du législateur n'était donc pas nécessaire, compte tenu de la large délégation donnée au pouvoir réglementaire par l'article L. 2141-7 du code des transports pour fixer les statuts de la SNCF. La désignation d'un directeur « sectoriel » par le conseil d'administration, mais sur proposition du président, pouvait être regardée comme une modalité d'organisation interne ne mettant pas elle-même en cause ni la détermination des organes dirigeants, restrictivement entendus comme les organes exécutifs et délibérants, ni leur rôle ou les conditions de leur désignation. [*section des travaux publics*]

Trains d'équilibre du territoire – Ouverture au marché – Aide d'État – Compensation de service public – Modalités tarifaires

À l'approche de l'ouverture au marché des transports ferroviaires des voyageurs, le Gouvernement a pris plusieurs mesures pour redresser l'exploitation déficitaire de la SNCF. Par la loi de finances pour 2010, il a créé un compte d'affectation spéciale destiné à recueillir une fraction de la taxe d'aménagement du territoire perçue sur les sociétés concessionnaires d'autoroutes et à financer une partie des déficits d'exploitation des lignes « Corail ». Le décret dont le Conseil d'État a été saisi concerne deux modifications substantielles du cahier des charges de la SNCF, la première concerne les « trains d'équilibre du territoire » (TET), ces lignes étant placées sous le régime de la convention de service public qui autorise le versement de compensations financières pour obligations de service public. La seconde modification vise à réorganiser le système tarifaire des transports de voyageurs, avec notamment l'abandon du système des heures creuses et des heures de pointe. Le Conseil d'État (section des travaux publics) a tout d'abord considéré que le soutien financier apporté par l'État à la SNCF pour l'exploitation des TET ne constituait pas une aide d'État incompatible avec le droit de l'Union sur le fondement de la jurisprudence *Altmark* de la CJUE du 24 juillet 2003 dès lors qu'il s'agit d'une compensation d'une mission de service public confiée à la SNCF. Ensuite, il a estimé que la réforme des tarifs des voyageurs de la SNCF devait respecter les principes du service public, notamment le principe d'égalité. Toutefois, des différences tarifaires entre usagers peuvent être justifiées par de meilleures conditions de rapidité ou de confort. Si les usagers d'une même ligne doivent en principe bénéficier d'un tarif identique, une modulation peut néanmoins se justifier par certaines nécessités d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ferroviaire. Encore faut-il que cette faculté s'exerce dans le respect du principe de proportionnalité. La section a considéré que tel était le cas en l'espèce. [*section des travaux publics*]

SNCF – Service gestionnaire du trafic et des circulations – Code de bonne conduite

Pour l'application de la loi de l'article 1er de la loi du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires, le Gouvernement a renforcé l'indépendance fonctionnelle du service gestionnaire du trafic et des circulations (SGTC). Si ce service de la SNCF qui travaille en qualité de gestionnaire délégué pour le compte de Réseau ferré de France (RFF) demeure dans le cadre de la SNCF, il bénéfice désormais de garanties renforcées d'autonomie de gestion et les agents qui y sont affectés sont astreints à des règles strictes de déontologie. Le Conseil d'État (section des travaux publics), à l'occasion de l'examen du projet de décret relatif au SGTC, a considéré que ce dernier doit certes bénéficier de la plus grande indépendance vis-à-vis des autres services de la SNCF, mais que le législateur n'a pas entendu pour autant l'intégrer dans le cadre de RFF, ni même le placer sous l'autorité de ce dernier. Lié à RFF seulement par une convention, il reste organiquement un service de la SNCF.

La section des travaux publics a considéré que l'équilibre auquel parvenait le projet du Gouvernement, pour délicat qu'il soit à mettre en œuvre, correspondait à ce que le législateur souhaitait et n'était pas incompatible avec les exigences du droit de l'Union européenne. [*section des travaux publics*]

4.16. Urbanisme

Proposition de loi – « Secteurs de projets » – Droit de préemption foncier urbain

L'un des articles de la proposition de loi du sénateur Doligé portait sur une réforme relative aux « secteurs de projets ». Cet article permet la création, dans les plans locaux d'urbanisme, de secteurs urbains ou à urbaniser uniquement régis par des orientations d'aménagement et de programmation (OAP). Elles définissent des objectifs de mixité fonctionnelle des secteurs, d'orientations programmatiques de construction, de morphologie urbaine et de densité. Cette proposition représente un changement très substantiel dans l'expression de la norme d'urbanisme.

Le plan local d'urbanisme traduit la politique d'aménagement du territoire de la collectivité et détermine le droit de construire, qui est une composante du droit de propriété. Il doit donc être rédigé dans des termes suffisamment précis pour que tant lors de son élaboration, à laquelle le public est invité à participer, que lors de son approbation par l'organe délibérant et de son application, les différentes personnes intéressées sachent ce qu'il permet et ce qu'il interdit. Si des règles de constructibilité trop détaillées peuvent apparaître excessivement contraignantes, une norme trop imprécise, qui ne déterminerait pas suffisamment ce qui est autorisé, ne permettrait pas à ce document de remplir les objectifs qui sont les siens : non seulement le public et l'organe délibérant ne pourraient se prononcer en connaissance de cause sur le projet qui leur est soumis, mais l'application d'une telle norme pourrait être source d'insécurité juridique et d'inégalité pour ceux auxquels elle est opposable.

Dès lors, le Conseil d'État a été conduit à suggérer plusieurs modifications d'ordre rédactionnel. Il a néanmoins relevé que ne devraient pas être sous-estimées les difficultés que sera susceptible de poser l'application d'objectifs impliquant une certaine concertation, telle que la mixité de l'occupation du sol exprimé en termes de proportions affectées à chaque catégorie d'occupation ou encore un objectif de mise en commun des places de stationnement.

Enfin, s'agissant de l'instauration d'un droit de préemption urbain systématiquement associé au secteur de projets, tel que prévu par la proposition de loi, le Conseil d'État a rappelé que, si le souci de faire obstacle à une spéculation foncière de nature à compromettre la réalisation des objectifs poursuivis justifie l'existence de ce droit, son caractère systématique peut représenter pour les collectivités une contrainte forte. En effet, il emporte, pour les propriétaires des terrains situés dans le secteur considéré, un droit de délaissement qui oblige les collectivités à acquérir les terrains. Une telle contrainte est susceptible de les dissuader de recourir à l'instauration d'un tel droit. [*section des travaux publics*]

Établissements publics fonciers – Établissements publics d'aménagement – Compétence réglementaire

Le Conseil d'État (section des travaux publics) a eu à examiner la réforme des établissements publics fonciers et des établissements publics d'aménagement réalisée par une ordonnance prise en application de l'habilitation figurant dans la loi dite « Grenelle 2 » et son décret d'application. À cette occasion, il a déclassé en partie réglementaire la qualification des établissements publics. Il a également considéré que la capacité des établissements publics à compromettre devait figurer dans le décret d'application. [*section des travaux publics*]

Documents d'urbanisme – Nature – Contenu

À l'occasion de l'examen d'un autre projet d'ordonnance prévu par l'article 25 de la loi « Grenelle 2 », portant sur la définition des surfaces de plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme, la section des travaux publics a considéré que le contenu des plans de prévention des risques naturels, des plans de prévention des risques miniers et des plans de prévention des risques technologiques, qui peut en particulier édicter des servitudes régissant l'utilisation des sols, doit être considéré comme faisant partie du droit de l'urbanisme. Il a été admis que l'inclusion de ces mesures dans le projet d'ordonnance respectait l'habilitation donnée au pouvoir réglementaire pour « *unifier et simplifier la définition des surfaces de plancher prises en compte dans le droit de l'urbanisme* ». [*section des travaux publics*]

5. Index

A

Action sociale **274**
Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) **147, 150**
Agence nationale chargée de la sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (AFSSAET) **147**
Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSMPS) **147**
Agence nationale des fréquences (ANFR) **233**
Agence régionale de santé (ARS) **269**
– Directeur général de l'ARS 269
Agents contractuels
– Titularisation (4.8.4.) 256
Agriculture
– Mise en œuvre de la loi du 27 juillet 2010 de modernisation de l'agriculture et de la pêche 227
Aide juridique
– Institution d'une nouvelle contribution pour l'aide juridique 229
Aides d'État
– Absence d'aide d'État 183, 218
– Compensation de service public 280
– Notification à la Commission européenne 218
Article L.1 du code du travail
– Absence d'obligation d'ouvrir une négociation 275
Autorisation de mise sur le marché (AMM) **147**
Autorité de la concurrence **167, 188**
– Injonction de l'autorité de la concurrence 167
Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) **168**
– Avis n° 384.741 300
– Compétence pour édicter une sanction administrative 168
Autorités administratives indépendantes (AAI) **195**
– Autorité de la concurrence 167, 188
- Injonction de l'autorité de la concurrence *167*
– Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) 168
- Avis n° 384.741 ..... *300*
- Compétence pour édicter une sanction administrative *168*
– Commission de régulation de l'énergie (CRE) 195
– Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)
- Déclarations d'embauche - Consultation de la CNIL *278*
- Délai au terme duquel l'avis est réputé rendu *188*
- Pouvoirs de contrôle et de sanction de la CNIL *215*
- Traitement automatisé relatif aux ressortissants étrangers en France *153*
– Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) 300
– Défenseur des droits 179
– Haute Autorité de santé (HAS) 147

B

Baux emphytéotiques **192**
Benfluorex
– Indemnisation des victimes du «Médiator» 151, 231
Bouclier fiscal
– Réforme de la fiscalité du patrimoine (4.7.1.) 245
– Suppression du bouclier fiscal 247
Budget **228**

C

Caisse des dépôts et consignations **187**

Charte de l'environnement **236**
– Champ d'application (4.6.1.2.) 239
– Incidence sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement (4.6.1.1.) 236

Clause de non-concurrence **170**

Codes
– Code de l'énergie 180
– Code de l'environnement-Énergie nucléaire 181
– Code des transports 179
– Code du travail 275
– Code forestier 227
– Code général des impôts - Contribution pour l'aide juridique 229

Codification **179**

Collectivités territoriales
– Compétence pour conclure des accords avec des États étrangers 213
– Libre administration des collectivités territoriales 177, 232

Comités
– Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière (CCLRF) 189
– Comité des finances locales 187
– Comités d'entreprise européens 277
– Comités techniques 190

Commande publique **182**

Commission de régulation de l'énergie (CRE) **195**

Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) **153**
– Déclaration d'embauche - Consultation de la CNIL 278
– Délai au terme duquel l'avis est réputé rendu 188
– Pouvoirs de contrôle et de sanction de la CNIL 215
– Traitement automatisé relatif aux ressortissants étrangers en France 153

Commissions
– Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN) 187
– Commission de surveillance de la Caisse de dépôts et consignations 187
– Commission nationale de contrôle de la campagne - Élection présidentielle 194

Communication électronique
– Avis n° 384741 232
– Prévention des brouillages 233

Concession **183**

Concours de recrutement par spécialités **255**

Concurrence **233**
– Avis no 384.741 300
– Baux emphytéotiques 192
– Clause de non-concurrence 170
– Critère de performance 185
– Encadrement des dérogations réglementaires 185

Conflits d'intérets
– Prévention des conflits d'intérêts (2.3.) 152

Conseils
– Conseil d'orientation de l'édition publique et de l'information administrative (COEPIA) 200
– Conseil supérieur de la fonction publique de l'État 251
– Conseil supérieur de la mutualité 189

Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) **300**

Consommateurs **233**
– Principe constitutionnel de nécessité des peines et des sanctions (3.1.2.) 168
– Principe d'égalité (3.1.3.) 169

Constitution
– Article 21 de la Constitution
- Rôle consultatif d'une AAI au regard de l'article 21 de la Constitution 195
– Article 53 de la Constitution
- Champ d'application (3.9.1.) 212
– Contrôle de constitutionnalité 213
- Lois de finances (4.2.1.) 228
– Objectifs de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi 170
- Codification de la partie législative du code de l'énergie 180
– Principe constitutionnel de légalité et de proportionnalité des peines (3.1.1.) 167
– Principe constitutionnel de liberté contractuelle 170
- Entreprises de dimension européenne - Comités d'entreprise européens 277
- Liberté contractuelle et libre administration des collectivités territoriales 177
– Principe constitutionnel de liberté du commerce et de l'industrie 170
– Principe constitutionnel de nécessité des peines et des sanctions 168
– Principe constitutionnel du droit de propriété 170
– Principes constitutionnels d'égalité devant la loi et les charges publiques 245, 248

Consultations **186**
– Consultation individuelle à distance des membres d'un organisme collégial 189
– Consultation ouverte sur Internet (3.4.3.) 191
– Consultations propres à la fonction publique
- Conseil supérieur de la fonction publique de l'État - Effectivité de la consultation 252
- Les comités techniques (3.4.2.) 190

Contrats
– Baux emphytéotiques 192
– Contrat de développement territorial 242
– Contrat de professionnalisation 278
– Contrats de partenariat (3.3.2.) 183
– Contrats en cours
- Application de la clause de non-concurrence 170
- Application d'une loi nouvelle aux contrats en cours 169

Conventions internationales
– Contrôle de conventionnalité 212, 214
– Droits fondamentaux et libertés des personnes
- Niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes 215
- Protection des droits des personnels civils et militaires français en mission à l'étranger 214
– Entrée en vigueur d'une convention internationale 213

Cotation des sociétés **169**
– Principe d'égalité (3.1.3.) 169

Crédit
– Concurrence et consommation (4.4.) 233
– Réforme du crédit à la consommation 234

Crise financière
– Mesures arrêtées en réponse à la crise financière (2.1.) 142
– Projets de loi de finances rectificative relatifs à la crise financière (2.1.2.) 144

D

Dation **228**

Déclaration environnementale **243**

Déclaration préalable à l'embauche **278**

Défenseur des droits
– Délais et procédures (3.1.14) 179
Démographie médicale
– Couverture médicale du territoire 266
Domanialité publique 192
Données biométriques
– Traitements de données à caractère personnel : concilier l'ordre public et la protection des libertés individuelles (2.4.) 153
Droit au logement
– Application de la loi DALO 263
Droit de propriété
– Principes constitutionnels du droit de propriété (3.1.5.) 170
Droit pénal
– Répartition des compétences entre l'État et les collectivités d'outre-mer 206
Droits fondamentaux et libertés des personnes
– Protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes 215
– Protection des droits des personnels civils et militaires français en mission à l'étranger 214

E

Eau 240
Égalité
– Droits collectifs des salariés
- Constitution de comités d'entreprise européens 277
- Mesure de l'audience dans les très petites entreprises 276
– Égalité professionnelle entre les hommes et les femmes 167
– Exigences constitutionnelles de garantie de droits et d'égalité devant les charges publiques 178, 246, 248
– Principe d'égalité 169
- Protection sociale complémentaire 273
- Régime spécial de retraite 264
– Principe d'égalité démographique 195
Élections 193
– Élection présidentielle (3.6.1.) 193
– Élections législatives (3.6.2.) 194
– Élections outre-mer (3.8.1.2.) 203
Emploi et formation professionnelle 278
Énergie
– Renforcement de l'information des consommateurs et amélioration des conditions d'appréciation des pratiques commerciales trompeuses 233
Énergie nucléaire
– Nouvelle partie de code du l'environnement consacrée à l'énergie nucléaire - Responsabilité civile (3.2.3.) 181
Enquête publique
– Réforme de l'enquête publique (4.6.3.) 243
Enseignement 235
– Enseignement du second degré - Règles de discipline 235
– Enseignement supérieur
- Fixation de droits d'inscription et de scolarité 236
– Établissements d'enseignement privés sous contrat
- Cessation d'activité des maîtres et documentalistes contractuels ou agréés 265
- Représentation au Conseil supérieur de la fonction publique de l'État 251
Entreprises publiques
– Représentant de l'État au conseil d'administration d'une entreprise publique 197

Environnement 236
– Déclaration environnementale 243
– Évaluation environnementale (4.6.2.) 242
– Mise en œuvre de la loi dite «Grenelle 2» (2.7.) 162
Épidémiosurveillance 227
Établissement pénitentiaire
– Exploitation - Maintenance 182
– Règles générales du droit de la commande publique (3.3.1.) 182
Établissements d'enseignement privés sous contrat
– Cessation d'activité des maîtres et documentalistes contractuels ou agréés 265
– Prise en compte des maîtres des établissements d'enseignement privés sous contrat 251
Établissements de santé 269
Établissements publics
– Conseil d'administration 196, 199
– Établissements publics d'aménagement 282
– Établissements publics fonciers 282
– Notion d'établissement public (3.7.2.1.) 196
– Principe d'autonomie 198
– Recrutement de personnels de droit public et de droit privé 196
– Règles d'organisation et de fonctionnement (3.7.2.2.) 197
– Transferts de compétences de l'administration centrale 196, 199
Études d'impact
– Qualité des études d'impact ou des évaluations préalables (1.4.) 135
– Transposition de directives de l'Union européenne (3.11.5.) 220
Études médicales 266
Eurojust 260

F

Financement public de la vie politique
– Élection présidentielle (3.6.1.) 193
Fiscalité
– Assiette d'un prélèvement 248
– «Bouclier fiscal» 247
– Fiscalité du patrimoine 245
– Impôt de solidarité sur la fortune (ISF) 245, 247
– Majoration du taux d'impositions affectées à des organismes de sécurité sociale 230
– Niches fiscales 248
Fonction publique
– Concours de recrutement par spécialités 255
– Emploi fonctionnel 256
– Gestion du dossier du fonctionnaire 259
– Grade à accès fonctionnel 256
– Primes d'intéressement à la performance collective 257
– Principe de participation des agents publics (4.8.1.) 251
– Protection sociale des agents publics (4.8.6.) 257
– Recrutement exceptionnel 255
– Recrutement sans concours 256
– Réforme de la fonction publique d'encadrement supérieur (2.8.) 163
– Titularisation des agents contractuels (4.8.4.) 256
Fonds monétaire international (FMI)
– Augmentation de la quote-part de la France au Fonds monétaire international 229
Formation professionnelle en alternance 278
Fraude sociale 272

G

Guadeloupe
– Élections des conseillers territoriaux 204

Guyane
– Élections des conseillers généraux et régionaux 203
– Pouvoirs de la commission permanente 203
– Pouvoirs du représentant de l'État 202

H

Handicap
– Accessibilité des lieux de travail 274

Haute autorité de santé (HAS) 147

Hiérarchie des normes
– Respect de la hiérarchie des normes (3.1.) 167

I

Indemnisation des victimes
– Dispositions ne pouvant pas figurer en loi de finances (4.2.4.) 230
– Dispositions pouvant figurer en loi de finances rectificative (4.2.5.) 231
– Indemnisation des victimes du «Médiator» (2.2.3.) 151

Information et participation du public
– Champ d'application de la charte de l'environnement (4.6.1.2.) 239
– Contenu des principes d'information et de participation énoncés à l'article 7 de la charte (4.6.1.3.) 241
– Droit à l'information et à la participation du public 238

Informatisation des outils de gestion 259

Infractions sexuelles ou violentes 155

Intéressement collectif 257

Internet
– Élections législatives - Vote par Internet 194

J

Juges des libertés et de la détention
– Renforcement du rôle du juge des libertés et de la détention (2.5.2.) 158

Juges non professionnels 259
– Participation des citoyens à la justice pénale (2.6.) 160

Justice 259

Justiciables mineurs
– Jugement des mineurs 161

L

Liberté
– Liberté contractuelle 170
- Liberté contractuelle et libre administration des collectivités territoriales 177
- Principe constitutionnel de la liberté contractuelle 277
– Liberté du commerce et de l'industrie (3.1.5.) 170, 235

Logement
– Droit au logement opposable (DALO) 263
– Potentiel financier des organismes d'habitations à loyer modéré (HLM) 172

Loi à caractère expérimental
– Exigences requises pour les lois à caractère expérimental 139

Loi de finances
– Contrôle de constitutionnalité (4.2.1.) 228
– Exigences requises pour les lois de finances 137
– Plafond des autorisations d'emploi 230

Loi de programmation 138
– Exigences requises pour les lois de programmation 138
– Qualité des études d'impact ou des évaluations préalables (1.4.) 138

Loi dite « Grenelle 2 « 282
– Mise en œuvre de la loi dite « Grenelle 2 » (2.7.) 162

Loi et règlement
– Compétence du pouvoir règlementaire 264, 265, 267, 268, 269, 282
– Domaines respectifs de la loi et du règlement (3.1.7.) 170
- Incidence de la charte de l'environnement sur la répartition des compétences entre la loi et le règlement (4.6.1.1.) 236

M

Marchés
– Marché global de conception, réalisation, exploitation
- Maintenance d'un établissement pénitentiaire 182
– Marchés d'équipements de défense et de sécurité 185
– Pouvoir adjudicateur
- Exigence par le pouvoir adjudicateur d'un critère de performance 185

Martinique
– Élections des conseillers généraux et régionaux 203
– Pouvoirs du représentant de l'État 202

Mayotte
– Adaptation du droit social 202

Médecins 268

«Médiator»
– Benfluorex 231
– Indemnisation des victimes du «Médiator» (2.2.3.) 151

Médicament
– Autorisation de mise sur le marché (AMM) 147
– Benfluorex / «Médiator»
- Indemnisation des victimes (2.2.3.) 151, 231
– Réforme de la pharmacovigilance (2.2.) 147
– Renforcement de la sécurité sanitaire du médicament (2.2.1.) 147

N

Niches fiscales
– Le « rabot sur les niches fiscales » (4.7.2.) 248

Nouvelle-Calédonie
– Consultations
- Obligation de consultation du comité du commerce extérieur 211
– Élections
- Gouvernement de Nouvelle-Calédonie 208
– Loi du pays 210
– Répartition des compétences entre le congrès et le gouvernement
- Pouvoir réglementaire 210
– Répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie 206
- Bioéthique 208
- Droit civil- Droit commercial 207
- Protection des majeurs et accompagnement social des majeurs protégés [avis n° 384.983] 208

O

Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) **151**
– Indemnisation des victimes du «Médiator» 151, 231

Opérateurs de l'État
– Plafond des autorisations d'emplois pour les opérateurs de l'État 230

Ordonnances de l'article 38 de la Constitution **173, 238**

Ordre national des infirmiers **266**

Organisation territoriale de l'État
– Pouvoirs des préfets 199

Organismes génétiquement modifiés (OGM) **237**

Outre-mer **201**
– Application du droit de l'Union européenne dans les collectivités d'outre-mer 225
– Départementalisation
- Adaptation du droit social (Mayotte) *202*
– Dispositions statutaires 201
- Pouvoirs de la commission permanente (Guyane) *203*
- Pouvoirs du représentant de l'État (Guyane-Martinique) *202*
– Élections
- Conseillers généraux et régionaux (Guyane-Martinique) *203*
- Conseillers territoriaux (Guadeloupe) *204*
- Gouvernement de Nouvelle-Calédonie *208*
- Mandat du Président (Polynésie française) *205*
– Loi du pays 210, 211
– Répartition des compétences entre l'État et les collectivités
- Ports d'outre-mer *201*
– Transfert de compétences de l'État vers les collectivités 210
- Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998 ..... *208*

P

Parcs nationaux **242**

Participation de l'assuré **271**

Patrimoine immateriel de l'État et des établissements publics **200**

Péage d'autoroute / concession - tarification autoroutière **183**

Peines
– Exécution des peines 139
– Principe constitutionnel de légalité et de proportionnalité des peines 167

Pensions **264**

Péréquation des recettes fiscales intercommunales **232**

Performance collective **257**

Personnels de droit privé **254**

Pharmacovigilance **147**

Plans régionaux de l'agriculture durable (PRAD) **227**

Polynésie française
– Assemblée de la Polynésie française
- Élection des représentants *209*
– Président de la Polynésie française
- Mandat *205*

Pouvoir adjudicateur
– Exigence d'un critère de performance 185

Pouvoir réglementaire
– Répartition des compétences au sein du pouvoir réglementaire (3.1.9.) 175

Préemption (droit de) **281**

Prévention des conflits d'intérêts **152, 199**

Principe de bonne administration **229**

Principe d'égalité démographique
– Élections des conseillers territoriaux - Réforme territoriale (3.6.3.) 195

Principes constitutionnels
– Principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques 248
– Principe constitutionnel de légalité et de proportionnalité des peines (3.1.1.) 167
– Principe constitutionnel de liberté contractuelle 170, 177, 277
– Principe constitutionnel de liberté du commerce et de l'industrie 170, 235
– Principe constitutionnel de nécessité des peines et des sanctions 168
– Principe constitutionnel du droit de propriété 170

Professions de santé **266**

Proposition de loi **220, 281**
– PPL - Adaption de la loi de réforme des collectivités territoriales aux caractéristiques et contraintes particulières de la Guadeloupe 133, 204
– PPL - Sapeurs-pompiers volontaires 133
– PPL - Services départementaux d'incendie et de secours 133
– PPL - Simplification des normes applicables aux collectivités locales 133, 281
– PPL - Simplification du droit et allègement des démarches administratives 133, 155, 172
– Un nombre de propositions de loi soumises à l'examen du Conseil d'État en nette augmentation (1.2.) 133

Propriété intellectuelle - Rémunération pour copie privée **176**

Protection sociale des agents publics **257**

Psychiatrie - Soins sans consentement **156**

R

Recouvrement de créances de l'État **172**

Redevance
– Réutilisation des informations publiques détenues par l'État et ses établissements publics (3.7.4.) 200

Redevance d'archéologie préventive **228**

Réseau ferroviaire
– Gares ferroviaires 279
– SNCF 279, 281
– Trains d'équilibre du territoire 280

Résidences secondaires des non-résidents **250**

Responsabilité civile
– Responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire 181
– Responsabilité civile des professionnels de santé 231

Retraites et pensions **264**
– Réforme des retraites 167
- Sanctions prévues dans le cadre de la réforme des retraites *167*
– Régime spécial de retraite de la Comédie française 264

Rétroactivité **176**

Revenu de solidarité active (RSA) **230**

Revenu fiscal de référence
– Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus (4.7.3.) 248

Risques sanitaires et environnementaux **227**

S

Salariés
– Droits collectifs des salariés (4.14.2) 276
– Prime des salariés liée aux dividendes des actionnaires 276

Sanctions
– Sanctions administratives - Compétence législative....171
– Sanctions administratives - Compétence réglementaire....173, 272
– Sanctions administratives - Interdiction de cumul....168
– Sanctions prévues dans le cadre de la réforme des retraites....167
Santé publique....266
Schémas d'aménagement régionaux (SAR)....242
Sécurité juridique
– Principe de sécurité juridique (3.1.4.)....169
Sécurité nucléaire....237
Sécurité sociale....271
– Objectif national de dépenses d'assurance maladie (ONDAM)....271
Services à la personne....168
Syndicats
– Organisations syndicales des salariés....276

T

Tarification à l'activité des établissements de santé....269
Télévision numérique terrestre (TNT)....178
Traitement de données à caractère personnel....153, 215
– Données biométriques....153
– Fichier unique des «interdits de gérer»....155
– Traitement automatisé de données à caractère personnel relatif aux détenus....154
– Traitement automatisé relatif aux ressortissants étrangers en France....153, 216
Transports....279
Travail....275
– Principe de participation....251
- Représentativité des organisations syndicales-Mesure....276
Très petites entreprises (TPE)....276

U

Union européenne....218
– Aides d'État....218
– Application des normes de l'Union européenne....222
- Directive services....222
- Transposition de directive....221
– Application du droit de l'Union européenne dans les collectivités d'outre-mer (3.11.7)....225
– Information de la Commission européenne....219
- Exigence de communication préalable à la Commission européenne....219
- Notification à la Commission européenne....218, 224
– Libre circulation des personnes et liberté d'établissement (3.11.4)....219
Urbanisme....281

V

Veille sanitaire
– Épidémiosurveillance....227
Vétérinaires....227
Vidéo-surveillance....154
Visioconférence....253
Voies navigables de France....196
– Agence des voies navigables....254

6. Statistiques de l'activité consultative du Conseil d'État

6.1. L'activité consultative en 2011 : nombre de séances, nombre et nature des textes examinés, délais d'examen

1. Nombre de projets de texte examinés par les formations consultatives du Conseil d'État

	Textes examinés en section (1)	Textes examinés en assemblée générale (2)	Textes examinés en commission permanente
Section de l'intérieur	383	18	2
Section des finances	195	16	7
Section des travaux publics	293	7	1
Section sociale	161	5	1
Section de l'administration	188	5	1
Sous total	***1 220***	***51***	***12***
Section du rapport et des études	4	4	-
Total	**1 224**	**55**	**12**

(1) Projets de rapport et d'étude pour la section du rapport et des études.
(2) Présentation du texte examiné au titre de la section administrative « pilote ».

2. Nombre de séances tenues par les formations consultatives

	Nombre de séances
Section des finances	98
Section de l'intérieur	96
Section des travaux publics	111
Section sociale	93
Section de l'administration	83
Section du rapport et des études	24 (1)
Sous total	***505***
Assemblée générale	34
Commission permanente	11
Total	**550**

(1) Formation restreinte et plénière.

3. Nature des projets de texte examinés par les formations consultatives (sections, assemblée générale, commission permanente)

	Section de l'intérieur	Section des finances	Section des travaux publics	Section sociale	Section de l'administration	Section du rapport et des études	Total	Assemblée générale et commission permanente
Lois	*20*	*70*	18	8	6	-	**122**	**49** (2)
Dont proposition de loi (1)	*4*	-	-	-	*1*		*5*	*5*
Ordonnances	8	8	26	6	-	-	48	**8**
Lois du pays	2	7	-	5	2	-	16	**-**
Décrets réglementaires	158	102	233	141	179	-	813	**2**
Décrets individuels, arrêtés, décisions	186	-	13	-	-	-	199	**-**
Remises gracieuses	-	3	-	-	-	-	3	**-**
Avis	9	5	3	1	1	-	19	**4**
Sous total	***383***	***195***	***293***	***161***	***188***	***0***	***1 220***	
Rapports d'étude	-	-	-	-	-	4	4	**4**
Total	**383**	**195**	**293**	**161**	**188**	**4**	**1 224**	**67**

(1) La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 confère au président de chaque assemblée le droit de soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par un des membres de son assemblée, sauf si celui-ci s'y oppose (article 39 de la Constitution, dernier alinéa).

(2) Parmi les 44 projets de loi : 5 conventions internationales, 1 loi constitutionnelle et 3 lois organiques.

4. Autorité de saisine des sections administratives

Classement par département ministériel d'origine des textes examinés

		Lois	Ordonnances	Loi du pays	Décrets réglementaires	Décrets individuels, arrêtés, décisions	Remises gracieuses	avis	Total	
		122	***48***	***16***	***813***	***199***	***3***	***19***	***1 220***	
									nombre	**% du total**
PARLEMENT	***total***	***5***	***-***	***-***	***-***	***-***	***-***	***-***	***5***	***NS***
Proposition de loi de l'Assemblée nationale		4	-	-	-	-	-	-	4	
Proposition de loi du Sénat		1	-	-	-	-	-	-	1	
COLLECTIVITÉS D'OUTRE MER	***total***	***-***	***-***	***16***	***-***	***-***	***-***	***6***	***22***	***1,8 %***
MINISTÈRES	***total***	***117***	***48***	***-***	***813***	***199***	***3***	***13***	***1 193***	***97,8 %***
Premier ministre	*Total*	-	*3*	-	*15*	-	-	*4*	*22*	*1,8 %*
Agriculture	*Total*	*7*	*7*	-	*46*	*1*	-	-	*61*	*5,0 %*
Affaires étrangères	*Total*	*54*	-	-	*10*	-	-	-	*64*	*5,2 %*
Culture, communication	*Total*	*2*	-	-	*25*	-	-	-	*27*	*2,2 %*
Défense, anciens combattants	*Total*	*1*	-	-	*36*	-	-	*1*	*38*	*3,1 %*
Éducation nationale, enseignement supérieur, recherche	Ens. sup., recherche	-	-	-	18	5	-	-	23	1,9 %
	Éducation nationale	-	-	-	11	-	-	-	11	0,9 %
	Total	-	-	-	*29*	*5*	-	-	*34*	*2,8 %*
Intérieur, outre-mer	*Total*	*9*	*3*	-	*93*	*181*	-	*3*	*289*	*23,7 %*
Justice	*Total*	*8*	*4*	-	*75*	-	-	*3*	*90*	*7,4 %*
Ministères financiers – économie, budget, finances, industrie, fonction publique	Économie	9	9	-	96	1	-	1	116	9,5 %
	Budget	10	-	-	31	-	3	-	44	3,6 %
	Industrie	2	1	-	24	-	-	-	27	2,2 %
	Fonction publique	3	-	-	15	-	-	-	18	1,5 %
	Total	*24*	*10*	-	*166*	*1*	*3*	*1*	*205*	*16,8 %*
Ministères sociaux – travail, emploi, santé, solidarités, cohésion sociale, sports	Travail	4	5	-	97	-	-	-	106	8,7 %
	Santé	-	-	-	27	-	-	-	27	2,2 %
	Cohésion sociale	-	1	-	6	-	-	-	7	0,6 %
	Sport	-	-	-	7	-	-	-	7	0,6 %
	Affaires sociales	-	-	-	2	-	-	-	2	0,2 %
	Total	*4*	*6*	-	*139*	-	-	-	*149*	*12,2 %*
Politiques publiques territoriales – écologie, environnement, transports, logement, politique de la ville	Écologie/ Environnement	7	14	-	161	11	-	-	193	15,8 %
	Transports	1	-	-	9	-	-	1	11	0,9 %
	Logement	-	1	-	6	-	-	-	7	0,6 %
	Ville	-	-	-	3	-	-	-	3	0,2 %
	Total	*8*	*15*	-	*179*	*11*	-	*1*	*214*	*17,5 %*

5. Délais d'examen observés entre l'enregistrement et la notification devant les sections administratives par nature de texte examiné

	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois	Total
Lois	44	27	47	4	122
Dont propositions de loi	-	-	*4*	*1*	*5*
Ordonnances	10	14	18	6	48
Décrets réglementaires	114	167	373	156	810
Total	**168**	**208**	**438**	**166**	**980**

En % des 980 textes examinés	814 textes examinés en moins de 2 mois : soit 83 %	17 %	100 %

6. Moyenne des durées d'examen en assemblée générale, par nature de texte

	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois	Total
Lois	8	13	12	4	37
Dont propositions de loi	*0*	*0*	*4*	*1*	*5*
Ordonnances	2	0	1	5	8
Décrets réglementaires	0	0	2	0	2
Total	**10**	**13**	**15**	**9**	**47**

En % des 47 textes examinés	38 textes sont examinés en moins de 2 mois, soit 81 %	19 %	100 %

7. Moyenne des durées d'examen en commission permanente, par nature de texte

	Moins de 15 jours	De 15 jours à 1 mois	De 1 mois à 2 mois	Plus de 2 mois	Total
Lois	8	3	1	0	**12**

En % des 12 textes examinés	67 % des textes sont examinés en moins de 15 jours. La totalité des textes est examinée en mois de 2 mois.

8. Délais moyens observés entre l'enregistrement du texte en section administrative et son passage en assemblée générale ou en commission permanente

	2010	2011
Délais de passage en assemblée générale	43 jours	42 jours
Délais de passage en commission permanente	11 jours	12 jours

6.2. Évolution de l'activité consultative : 2007-2011

1. Évolution de l'activité consultative au cours des cinq dernières années par nature des textes examinés, toutes formations consultatives confondues

	2007	2008	2009	2010	2011
Lois, ordonnances et lois du pays	124	146	192	156	**186**
Décrets réglementaires	859	708	736	810	**813**
Décrets individuels, arrêtés, décisions, remises gracieuses	269	287	254	223	**202**
Avis	16	14	31	20	**19**
Total	**1 268**	**1 155**	**1 213**	**1 209**	**1 220**

2. Nombre de textes examinés en section puis en assemblée générale (formation ordinaire et plénière)

Les textes ne sont comptabilisés qu'une seule fois au titre de leur passage en assemblée générale, même lorsque la diversité de leurs dispositions a nécessité leur examen par plusieurs sections, chacune en ce qui concerne ses compétences d'attribution (arrêté du 4 juillet 2008 portant répartition des affaires entre les sections administratives du Conseil d'État).

	2007	2008	2009	2010	2011
Section de l'intérieur	12	15	29	17	18
Section des finances	16	15	13	9	16
Section des travaux publics	6	6	4	11	7
Section sociale	10	7	5	11	5
Section de l'administration		2	9	3	5
Section du rapport et des études	6	3	5	5	4
Total	**50**	**48**	**65**	**78**	**55**

3. Nombre de textes examinés en section puis en commission permanente

	2007	2008	2009	2010	2011
Section de l'intérieur	3	0	3	0	2
Section des finances	7	9	5	19	7
Section des travaux publics	1	0	0	0	1
Section sociale	1	2	0	0	1
Section de l'administration		1	0	0	1

Total	**12**	**12**	**8**	**19**	**12**

4. Nombre de séances d'assemblée générale et de commission permanente

	2007	2008	2009	2010	2011
Assemblée générale ordinaire	25	22	24	30	25
Assemblée générale plénière	12	12	12	7	9
Commission permanente	9	11	7	7	11
Commission spéciale	0	3	2	2	0
Total	**46**	**48**	**45**	**46**	**45**

5. Nature des textes examinés en assemblée générale et en commission permanente

	2007	2008	2009	2010	2011
Projets de loi	35	36	50	49	44
dont conventions internationales	*8*	*2*	*2*	*13*	*5*
dont lois constitutionnelles	*2*	*2*	*0*	*0*	*1*
dont lois organiques	*1*	*3*	*9*	*6*	*3*
Propositions de loi			1	2	5
Projets d'ordonnance	3	4	9	9	8
Projets de décret réglementaire	1	1	4	6	2
Demandes d'avis	5	4	4	7	4
Projets de rapport et d'étude	6	3	5	5	4
Total	**50**	**48**	**73**	**78**	**67**

7. Les avis rendus par le Conseil d'État en 2011

Communication

– Section de l'intérieur – Avis n° 384.741 – 25 janvier 2011

Contrats de concession de travaux

– Section des travaux publics – Avis n° 385.183 – 21 juin 2011

Élection des députés français de l'étranger

– Section de l'intérieur – Avis n° 385.371 – 14 juin 2011

Entreprises

– Section des finances – Avis n° 384.892 – 22 mars 2011

Étrangers

– Assemblée générale – Avis n° 384.821 – 13 janvier 2011

Fiscalité

– Section des finances – Avis n° 385.088 – 24 mai 2011

Justice pénale

– Assemblée générale – Avis n° 385.083 – 17 mars 2011

Libertés publiques

– Section de l'intérieur – Avis n° 385.125 – 24 mai 2011

Outre-mer

– Section de l'intérieur – Avis n° 384.983 – 22 mars 2011

– Section de l'intérieur – Avis n° 385.272 – 24 mai 2011

– Section de l'intérieur – Avis n° 385.207 – 7 juin 2011

– Section sociale – Avis n° 385.380 – 19 juillet 2011

– Section de l'intérieur – Avis n° 385.488 – 19 juillet 2011

Pouvoirs publics

– Section de l'administration – Avis n° 385.953 – 13 décembre 2011

7.1. Communication

Mission de service public – Programme rattaché à une telle mission – Attribution de la ressource radioélectrique – Règles de la concurrence et du pluralisme – Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) – Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) – Pouvoir d'appréciation

■ **Section de l'intérieur – Avis n° 384.741 – 25 janvier 2011**

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le Premier ministre de la question de savoir quelle est l'étendue du pouvoir d'appréciation dont disposent le Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes lorsqu'ils sont saisis d'une demande du Gouvernement tendant à faire jouer la priorité prévue par le premier alinéa du II de l'article 26 de la loi du 30 septembre 1986 permettant l'attribution de la ressource radioélectrique nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public par une société nationale de programmes de radio ou de télévision,

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, notamment son article 26 ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes du premier alinéa du II de l'article 26 de la loi susvisée du 30 septembre 1986 :

« *À la demande du Gouvernement, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, respectivement pour les ressources radioélectriques de radiodiffusion et de transmission, accordent en priorité aux sociétés mentionnées à l'article 44 ou à leurs filiales répondant à des obligations de service public le droit d'usage de la ressource radioélectrique nécessaire à l'accomplissement de leurs missions de service public.* »

Cette priorité d'accès des sociétés nationales de programme aux ressources radioélectriques de diffusion et de transmission est, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, justifiée par les missions de service public qui leur incombent, et qui sont définies par la loi et le cahier des charges de chaque société. Elle explique la différence de procédure d'assignation des fréquences entre ces sociétés et celles du secteur privé commercial et non commercial, soumises à un appel à candidatures.

La compétence attribuée au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) et à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) par le II de l'article 26 de la loi du 30 septembre 1986, doit se combiner avec les autres missions qui leur sont confiées par le législateur par ce même texte pour le CSA, et par le code des postes et communications électroniques pour l'ARCEP, notamment : la délivrance des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique au secteur privé commercial et non commercial du secteur de la communication audiovisuelle (articles 28, 29, 30 de la loi pour le CSA et L. 36-7-6° pour l'ARCEP) ; la gestion de la ressource radioélectrique (article 25 de la loi pour le CSA, articles L. 42-1-2° et L. 42 – 2 du code pour l'ARCEP), le respect des règles de la concurrence (articles 3-1 et 17 de la loi pour le CSA, articles 32-1, 42-1, et 42-2 du code pour l'ARCEP) et, pour le CSA, le respect du pluralisme des programmes (articles 13, 28 et 29 de la loi).

Il appartient en outre au CSA et à l'ARCEP de concilier l'accès prioritaire à la ressource radioélectrique avec le respect du droit communautaire de la concurrence, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision mentionnée ci-dessus.

Il résulte de ce qui précède que, lorsqu'elle est saisie par le Gouvernement d'une demande tendant à faire jouer la priorité prévue au II de l'article 26 de la loi, l'autorité chargée d'assigner la fréquence n'a pas compétence liée. Elle doit, avant de satisfaire cette demande, effectuer certaines vérifications, et elle dispose, dans les limites indiquées ci-dessous, d'un pouvoir d'appréciation.

En premier lieu, elle s'assure que, conformément aux dispositions de l'article 26 de la loi du 30 septembre 1986, la demande concerne bien une société nationale de programmes prévue à l'article 44 de cette loi, ou une de ses filiales répondant à des obligations de service public. Il s'agit de vérifier à cette fin, au vu du cahier des charges et des statuts de la société concernée, que son capital est détenu en totalité, directement ou indirectement, par des personnes publiques, conformément aux dispositions de l'article 44 ou, dans le cas d'Arte-France, de l'article 45 de la loi de 1986, et que cette société est investie de missions de service public.

En second lieu, l'autorité chargée d'assigner la fréquence doit s'assurer que le programme pour lequel l'accès prioritaire est demandé se rattache clairement à une mission définie par la loi ou le cahier des charges comme incombant à la société concernée, ce qui suppose que la demande du Gouvernement soit suffisamment motivée sur ce point. Il ne s'agit pas, pour le CSA ou l'ARCEP, de substituer son appréciation à celle du Gouvernement pour évaluer l'intérêt ou la pertinence de ce programme au regard de la mission de service public confiée à la société, mais de vérifier que ce programme peut s'y rattacher.

S'il résulte de ces vérifications que la demande du Gouvernement entre bien dans le champ d'application de la priorité d'accès prévue par le II de l'article 26 de la loi, il revient alors à l'autorité chargée d'assigner la fréquence d'apprécier la demande au regard des règles de la concurrence et du pluralisme.

Cette appréciation peut conduire l'autorité compétente à refuser la priorité d'accès demandée s'il lui apparaît que le programme à diffuser peut être reçu dans la zone géographique concernée, avec un confort d'écoute suffisant, par un meilleur aménagement des fréquences déjà assignées, plus économe de cette ressource rare qu'est la ressource radioélectrique de radiodiffusion.

Elle pourrait également justifier le refus, par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, de la priorité d'accès demandée, s'il apparaissait que sa satisfaction réduirait la ressource disponible pour les opérateurs autres que ceux relevant du secteur public, dans une mesure telle qu'elle porterait atteinte, dans la zone de diffusion concernée, au pluralisme des programmes et des courants d'opinion.

7.2. Contrat de concession de travaux

Concession autoroutière – Avenant à la concession – Tarif de péage – Durée de la concession

■ **Section des travaux publics – Avis n° 385.183 – 21 juin 2011**

Le Conseil d'État (section des travaux publics), saisi par la ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement des questions suivantes :

1° Est-il possible, compte tenu des caractéristiques techniques et économiques du projet de liaison entre l'autoroute A 40, concédée à la société Autoroutes et Tunnel du Mont-Blanc (ATMB), et le Carrefour des Chasseurs ou Machilly dans le Chablais, de confier à la société ATMB la réalisation et l'exploitation de cette infrastructure, par voie d'avenant à la concession autoroutière qui lie cette société à l'État ? Dans quelle mesure le statut des sections de cette infrastructure routière est-il compatible avec l'opération envisagée ?

2° Est-il possible, compte tenu des caractéristiques techniques et économiques du projet de raccordement entre les autoroutes A 57 et A 50, concédées à la société Estérel Côte d'Azur (ESCOTA), cette liaison traversant la ville de Toulon et devant comprendre le creusement d'un tunnel et un élargissement d'une section existante à deux fois trois voies, de confier à la société ESCOTA la réalisation et l'exploitation de cette infrastructure, par voie d'avenant à la concession autoroutière qui lie cette société à l'État ?

3° De telles opérations relèvent-elles du régime de la loi du 29 janvier 1993 ou des dispositions ayant transposé la directive du 31 mars 2004 ?

4° En cas de réponse positive aux deux premières questions, le financement des raccordements en cause peut-il être assuré par un allongement de la durée de la concession sans augmentation des tarifs des péages existants ou par une hausse des tarifs à la charge des usagers du réseau initial, ce financement pouvant être complété, dans le cas de la liaison entre l'autoroute A 40 et Machilly, par la mise à péage d'une partie de l'itinéraire ?

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés de travaux, de fournitures et de services ;

Vu le code de la voirie routière ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ;

Vu l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 modifiée relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;

Vu l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics ;

Vu le décret n° 2010-406 du 26 avril 2010 relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique ;

Vu le décret n° 95-81 du 24 janvier 1995 relatif aux péages autoroutiers ;

Vu l'avis du Conseil d'État n° 362908 du 16 septembre 1999 ;

Vu l'avis du Conseil d'État n° 371234 du 19 avril 2005 ;

Vu l'avis du Conseil d'État n° 373918 du 23 janvier 2007 ;

Vu l'avis du Conseil d'État n° 383668 du 16 mars 2010 ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations ci-après, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes :

Sur la réglementation applicable

A) Les règles de passation d'un avenant

En premier lieu, le régime de passation des contrats de concession dépend de la qualification qui leur est donnée en fonction de leur objet.

Aux termes de l'article 3 de l'ordonnance susvisée du 15 juillet 2009 et de l'article 3 du décret susvisé du 26 avril 2010, pris pour la transposition de la directive 2004/18/CE susvisée : « *Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des services et des travaux, il est soumis au présent titre si son objet principal est de réaliser des travaux.* »

Il résulte de ces dispositions que lorsqu'un contrat de concession autoroutière, qui porte à la fois sur la construction des ouvrages autoroutiers et sur l'exécution de la mission de service public de la circulation sur ces ouvrages, a pour objet principal la réalisation des travaux, il doit être qualifié de concession de travaux publics pour la détermination de son régime de passation.

Ainsi, pour la passation de contrats de concessions autoroutières présentant le caractère de concessions de travaux publics de l'État, les règles applicables sont désormais celles définies au titre I^er^ du décret du 26 avril 2010, sans qu'il y ait lieu, dans un tel cas, de faire application des articles 38 et 40 de la loi susvisée n° 93-122 du 29 janvier 1993 qui concernent les délégations de service public.

L'article 5 du décret du 26 avril 2010 prescrit : « *En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, les contrats de concession de travaux publics mentionnés au chapitre 1^er^ respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.* »

À cet effet, l'État est tenu, en vertu de l'article 10 du même décret, de procéder, préalablement à la passation des concessions de travaux publics dont le montant est égal ou supérieur à un seuil qu'il détermine, à la publication d'un avis d'appel à la concurrence conforme à la réglementation de l'Union européenne.

Toutefois l'article 13 du même décret, qui transpose l'article 61 de la directive 2004/18/CE, dispense des formalités d'appel à la concurrence « *la passation d'un contrat portant sur des travaux complémentaires devenus, en raison d'une circonstance imprévue, nécessaires à la réalisation de l'opération décrite dans le contrat initial, à la condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a réalisé cette opération et que :*

1° Soit ces travaux complémentaires ne puissent, sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur, être techniquement ou économiquement séparés du contrat principal ;

2° Soit ces travaux, bien que séparables de l'exécution du contrat initial, soient strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Le montant cumulé de ces contrats complémentaires ne doit pas dépasser 50 % de la part du contrat principal portant sur des travaux. »

En second lieu, dans le cas particulier de concessions d'autoroutes à péage, l'article L. 122-4 du code de la voirie routière qui prévoit que « *des ouvrages ou des aménagements non prévus au cahier des charges de la délégation peuvent être intégrés à l'assiette de celle-ci, sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité, ainsi que de leur caractère accessoire par rapport à l'ouvrage principal.* » doit également recevoir application.

B) Les modalités de financement

Le même article L. 122-4 du code de la voirie routière prévoit en cas d'intégration de nouveaux ouvrages dans la concession qu'il n'est procédé à un allongement de la durée de la concession que lorsque leur financement ne peut être couvert par l'augmentation raisonnable des tarifs de péage. Il précise que l'allongement de cette durée ainsi que l'augmentation des tarifs doivent être strictement limités à ce qui est nécessaire.

Les péages demandés aux usagers sont perçus en vue de couvrir les charges du service qui leur est rendu.

Toutefois, lorsqu'une concession comprend plusieurs sections autoroutières ou développe son infrastructure, il peut être institué des péages qui ne sont pas exactement proportionnels aux coûts de construction et d'exploitation des ouvrages correspondant au trajet effectué par chaque usager mais qui contribuent aussi, pour une part, à l'équilibre de l'exploitation des sections ou extensions constituant un même itinéraire.

En revanche, le principe de proportionnalité de la redevance au service rendu ne permet pas de percevoir un péage aux seules fins de financer la construction et l'exploitation d'un tronçon autoroutier distinct de l'itinéraire emprunté par l'usager.

Sur la liaison entre l'autoroute A 40 et le Carrefour des Chasseurs près d'Annemasse

A) Après l'abandon du projet de construction d'une autoroute A 400 entre Annemasse et Thonon-les-Bains dans le département de la Haute-Savoie, un décret du 17 juillet 2006 a déclaré d'utilité publique les travaux d'une voie classée route expresse entre le Carrefour des Chasseurs à proximité d'Annemasse et le contournement de Thonon-les-Bains, destinée à assurer le désenclavement du Chablais.

Pour réaliser le raccordement de cette voie à l'autoroute A 40, le Gouvernement envisage de créer une liaison autoroutière sur 8 km entre l'A 40 et le Carrefour des Chasseurs et d'en confier la construction et l'exploitation à la société Autoroutes et Tunnel du Mont-Blanc (ATMB), par avenant au contrat de concession dont elle est titulaire.

Si la croissance économique et démographique du Chablais conduit à une augmentation des trafics routiers dans cette région excédant très sensiblement les prévisions retenues en 1995 lors du projet de l'A 400 et rend d'autant plus nécessaire l'achèvement du désenclavement du Chablais, ces circonstances ne sont pas de nature par elles-mêmes à justifier le rattachement à la concession existante de l'A 40 (Mâcon – Saint-Gervais) des travaux de construction de la section autoroutière envisagée dans le prolongement de la route expresse à deux fois deux voies prévue entre Annemasse et le contournement de Thonon-les-Bains, en l'absence de démonstration de l'indivisibilité technique et économique entre ce nouvel ouvrage et l'A 40 faisant l'objet du contrat initial de concession ou de la contribution de cet ouvrage au parfait achèvement de l'A 40.

En revanche, la nécessité de ces travaux pour le bénéfice de l'A 40 peut être admise si et dans la mesure où, comme le soutient l'administration, l'A 40 assure également la fonction d'une autoroute périurbaine pour l'agglomération formée par les villes de Genève et d'Annemasse et que la réalisation de la liaison en cause constituera l'achèvement du contournement de cette agglomération, contribuant à améliorer sur l'A 40 la circulation quotidienne des travailleurs transfrontaliers de l'agglomération et à remédier aux phénomènes de saturation que connaît cette autoroute dans ce secteur.

B) Le dossier mentionne un coût de 80 M€ pour la construction de la nouvelle liaison autoroutière mais ne fournit aucune indication ni sur le montant du contrat initial ni sur le montant des six avenants intervenus depuis lors. En l'état, la section n'est pas en mesure de vérifier le respect de la condition financière énoncée au dernier alinéa de l'article 13 du décret du 26 avril 2010.

C) Le financement de la construction et de l'exploitation de la liaison autoroutière entre l'A 40 et le Carrefour des Chasseurs, si son rattachement à la concession de l'A 40 pouvait être réalisé par voie d'avenant, devrait être assuré, à titre prioritaire, par l'institution d'un péage sur cette nouvelle section, comme l'envisage le Gouvernement, qui serait complétée par une augmentation raisonnable des péages sur l'autoroute A 40 concédée à la société ATMB, à l'exclusion des autres autoroutes concédées et de la partie du tunnel du Mont-Blanc qui constituent des tronçons distincts.

Si le montant de ces recettes tarifaires était insuffisant pour couvrir les coûts de l'extension d'infrastructure, il pourrait être recouru à un allongement de la durée de la concession. Cet allongement de la durée du contrat et de la durée correspondante de perception des péages devrait être calculé pour couvrir ces coûts dans la stricte mesure du nécessaire, sous peine de contrevenir au régime des aides d'État de l'Union européenne.

Sur la liaison entre l'A 40 et Machilly

Le Gouvernement envisage également d'étendre cette liaison autoroutière jusqu'à Machilly situé 15 km plus au nord du Carrefour des Chasseurs tout en l'intégrant dans l'assiette de la concession de l'A 40.

Le dossier en l'état ne comporte pas d'éléments en rapport avec les besoins de l'exploitation de l'A 40 de nature à justifier le rattachement de cette extension à la concession de l'A 40.

Dans ces conditions, il n'y a pas lieu pour le Conseil d'État de se prononcer sur la question seconde relative à la compatibilité entre cette opération et le statut actuel de la voie.

Sur la liaison entre les autoroutes A 50 et A 57 dans la ville de Toulon

A) L'autoroute A 50 entre Marseille et Toulon et l'autoroute A 57 entre Toulon (La Farlède) et Le Luc, qui font partie respectivement depuis 1973 et 1989 de la concession attribuée à la société ESCOTA, pénètrent chacune dans le centre de la ville de Toulon. Toutefois leurs sections urbaines sur des longueurs respectives de 1,5 km et de 7,3 km sont hors du périmètre de la concession.

L'État a décidé en 1987 d'améliorer la traversée du centre-ville de Toulon en construisant un tunnel composé de deux tubes reliés aux deux sections urbaines non concédées. Le tube Nord ouvert à la circulation d'est en ouest est déjà en service. Le tube Sud destiné à la circulation d'ouest en est est en cours de construction. Pour des motifs de sécurité et d'écoulement du trafic, une partie de la section urbaine de l'A 57 doit encore faire l'objet de travaux d'élargissement pour la porter à deux fois trois voies.

Les aléas techniques survenus au cours du chantier du tube Sud ont provoqué des surcoûts importants représentant 67 % du coût initialement prévu. Cela conduit l'État à remettre en cause la répartition historique entre les ouvrages hors concession et les sections concédées.

Bien que les sections urbaines de l'A 50 et de l'A 57 et le tube Nord du tunnel soient déjà mis en exploitation par les services de l'État, ces ouvrages ne présentent pas d'autonomie fonctionnelle par rapport aux autoroutes dont ils sont le prolongement. Après l'achèvement du tube Sud et l'élargissement de la section urbaine de l'A 57, tous ces ouvrages assureront pour la traversée de la ville de Toulon une continuité du trafic autoroutier dans les deux sens de circulation. Ils présentent ainsi un caractère inséparable techniquement et économiquement des ouvrages concédés.

Le transfert par voie d'avenant à la concession détenue par la société ESCOTA de l'exploitation des ouvrages existants et des travaux de construction restant à réaliser paraît donc en l'état du dossier ne pas contrevenir aux dispositions applicables, sous réserve que la condition financière énoncée au dernier alinéa de l'article 13 du décret du 26 avril 2010 soit respectée, ce que la section n'est pas non plus en mesure de vérifier en l'état du dossier.

B) Le financement des coûts de construction et d'exploitation des ouvrages restant à réaliser et de l'exploitation des ouvrages qui seraient transférés par voie d'avenant à la concession détenue par la société ESCOTA, devrait être assuré, à titre prioritaire, par une augmentation raisonnable des péages perçus sur les autoroutes A 50 et A 57, à l'exclusion des autres autoroutes concédées à la société ESCOTA qui ne constituent pas le même itinéraire. L'établissement d'une traversée continue de l'agglomération de Toulon constituant un changement dans les conditions d'exploitation, il y aurait lieu de réexaminer la question de maintenir libres de tout péage les ouvrages de jonction établis dans la ville de Toulon.

Comme il a été dit précédemment, ce n'est que si le montant de ces recettes tarifaires était insuffisant pour couvrir les coûts de l'extension d'infrastructure qu'il pourrait être recouru à un allongement de la durée de la concession, qui devrait être calculé pour couvrir ces coûts dans la stricte mesure du nécessaire, sous peine de contrevenir au régime des aides d'État de l'Union européenne.

7.3. Élection des députés français de l'étranger

Droit d'éligibilité – Inéligibilité tenant aux fonctions – Ambassadeurs – Chefs des représentations permanentes de la France auprès des organisations internationales

■ **Section de l'intérieur – Avis n° 385.371 – 14 juin 2011**

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le Premier ministre de la question de savoir si l'inéligibilité édictée par le premier alinéa de l'article L.O. 329 du code électoral s'applique aux chefs des représentations permanentes de la France auprès des organisations internationales ;

Vu la Constitution ;

Vu la convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques ;

Vu le code électoral, notamment son article L.O. 329 ;

Vu le décret n° 79-433 du 1er juin 1979 relatif aux pouvoirs des ambassadeurs et à l'organisation des services de l'État à l'étranger,

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes du premier alinéa de l'art. L.O. 329 du code électoral, dans sa rédaction issue de la loi organique n° 2011-410 du 14 avril 2011 relative à l'élection des députés et sénateurs : « *Les chefs de mission diplomatique et les chefs de poste consulaire ne peuvent pas faire acte de candidature à l'élection des députés par les Français établis hors de France dans toute circonscription incluant le ressort dans lequel ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de trois ans à la date du scrutin […]* ».

Si le législateur organique est compétent, en vertu du premier alinéa de l'article 25 de la Constitution, pour fixer les conditions d'éligibilité aux assemblées parlementaires, il ne saurait priver un citoyen du droit d'éligibilité dont il jouit en vertu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 que dans la mesure nécessaire au respect du principe d'égalité devant le suffrage et à la préservation de la liberté de l'électeur (CC, n° 99-420 DC du 16 décembre 1999, Loi organique relative à l'inéligibilité du médiateur des enfants, cons. 2).

La raison d'être de l'inéligibilité tenant aux fonctions est d'éviter que la qualité du candidat influe sur le scrutin et en fausse ainsi la sincérité ; elle est liée à la capacité effective d'influence.

Il résulte de ces exigences constitutionnelles que les dispositions fixant une inéligibilité sont d'interprétation stricte.

En l'espèce, il y a lieu de considérer que l'article L.O. 329 du code électoral ne s'applique qu'aux ambassadeurs accrédités auprès d'un État étranger et investis à ce titre, conformément à l'article 3 de la convention de Vienne sur les relations

diplomatiques, de la mission de « *protéger dans l'État accréditaire les intérêts de l'État accréditant et de ses ressortissants* ».

Au demeurant, il ressort tant des dispositions de la loi organique précitée du 14 avril 2011, éclairées par les débats parlementaires, que du décret susvisé du 1er juin 1979 relatif aux pouvoirs des ambassadeurs et à l'organisation des services de l'État à l'étranger que les représentations permanentes de la France auprès des organisations internationales ne peuvent être regardées comme des « missions diplomatiques » au sens de l'article L.O. 329 du code électoral.

7.4. Entreprises

Secret des affaires – Protection – Principe constitutionnel de légalité des délits et des peines – Pouvoirs du chef d'entreprise – Principe de participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise – Information du comité d'entreprise

■ **Section des finances – Avis nº 384.892 – 22 mars 2011**

Le Conseil d'État (section des finances), saisi par la ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, dans le cadre d'une réflexion sur l'instauration d'un « régime de protection des informations sensibles des entreprises relevant du secret des affaires », des questions suivantes :

« 1° L'interdiction de divulgation à des tiers de documents identifiés au sein d'une entreprise, pour des motifs tirés de la protection du secret des affaires, est-elle compatible avec les principes à valeur constitutionnelle, notamment le principe de libre communication ?

« 2° Est-il possible de laisser au chef d'entreprise le pouvoir de déterminer librement les documents ne pouvant être communiqués qu'à des personnes désignées par lui ?

« 3° Un dispositif dans lequel serait pénalement sanctionnée la divulgation de documents dont le caractère confidentiel résulterait d'une décision du chef d'entreprise est-il compatible avec le principe de légalité des délits et des peines ?

« 4° Si la définition des informations à caractère économique protégées, des éléments constitutifs de leur violation, ainsi que la détermination du *quantum* de la peine et le principe selon lequel ces informations devront avoir préalablement fait l'objet de mesures de protection relèvent en tout état de cause de la loi, serait-il également nécessaire de faire figurer dans la loi d'autres éléments du régime envisagé, tels la définition des mesures de protection et les modalités de détermination des personnes considérées comme détenteurs légitimes d'une information ? »

Vu la Constitution, notamment son Préambule ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code pénal ;

Vu le code de la propriété intellectuelle ;

Vu le code du travail ;

Est d'avis, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, de répondre dans le sens des observations qui suivent :

La nécessité de préserver le « secret des affaires » dans des procédures susceptibles de le mettre en cause est reconnue par de nombreuses dispositions, notamment par l'article L. 430-10 du code de commerce pour la procédure d'autorisation des concentrations économiques, par l'article L. 621-24 du code monétaire et financier pour la procédure devant l'Autorité de contrôle prudentiel et par l'article L. 5-6 du code des postes et télécommunications pour la procédure devant l'ARCEP. Les jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne (24 juin 1986, *AKZO Chemie* BV et KZO *Chemie UK contre Commission des Communautés européennes* (aff. 53/85), du Conseil constitutionnel (décision nº 84-181 DC du 11 octobre 1984, du Conseil d'État et de la Cour de cassation ont précisé les conditions dans lesquelles le respect du secret des affaires devait être concilié avec l'objectif de transparence des procédures.

Cependant, l'atteinte au secret des affaires n'est pas, en tant que telle, sanctionnable pénalement.

De nombreuses dispositions du code pénal répriment des délits résultant de comportements portant atteinte au secret des affaires. Il en est ainsi, notamment, des délits d'atteinte au secret professionnel (article 226-13), d'atteinte au secret des correspondances (article 226-15 du code pénal), de vol (article 311-1), dont la jurisprudence de la Cour de cassation admet qu'il soit constitué par le fait de s'approprier, à l'insu de son propriétaire, un document, quel qu'en soit le support, pour la seule durée nécessaire à en prendre connaissance et à le copier, de l'escroquerie (article 313-1), constitué par le fait d'obtenir des informations par des manœuvres frauduleuses, de l'abus de confiance (article 314-1), caractérisé par le détournement d'un bien pour d'autres usages que ceux pour lesquels il a été confié, d'intrusion dans les systèmes informatisés de données (article 323-1) ou d'entrave au fonctionnement des systèmes informatiques (article 323-2).

Le code pénal sanctionne aussi le fait de livrer à une puissance, une organisation ou une entreprise étrangère ou sous contrôle étranger des informations dont la divulgation ou la réunion est de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (article 411-6) ainsi que les atteintes au secret de la défense nationale (articles 413-9 et suivants). La loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents ou de renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères sanctionne une telle communication si elle est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques ou à l'ordre public.

Enfin, des dispositions du code de la propriété intellectuelle permettent de sanctionner la violation des droits des propriétaires de dessins et modèles (L. 521-1), des titulaires de brevets (L. 615-1 et suivants) ainsi que la révélation des secrets de fabrique par des directeurs ou salariés (article L. 621-1 de ce code, reproduisant l'article L. 1227-1 du code du travail).

Cependant, dans quelques cas, par exemple en cas d'appréhension d'informations sans détention, même brève de son support, ou de détournement d'informations par des personnes sans lien contractuel avec l'entreprise, l'incrimination

pénale peut être délicate sur le fondement des dispositions qui viennent d'être mentionnées.

Le Gouvernement fait aussi valoir que des législations étrangères, notamment l'*Economic Espinage Act* américain (1996) réprime précisément et efficacement l'atteinte au secret des affaires.

Aussi, afin d'assurer une protection complète de celles des informations relatives à l'activité des entreprises dont la divulgation est susceptible de compromettre leur sécurité ou leur compétitivité, le Gouvernement envisage-t-il d'introduire dans le code pénal de nouvelles dispositions permettant de sanctionner, de manière générale, la révélation non autorisée de telles informations, pour lesquelles serait défini un dispositif spécifique de protection, moyennant une classification des informations à protéger, mis en œuvre par le chef d'entreprise.

Le dispositif de protection consisterait, selon des modalités, déterminées par arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, inspirées des règles relatives à la protection du secret de la défense nationale, en une classification préalable, dénommée « confidentiel entreprise », de certaines informations, assurée par le chef d'entreprise. Celui-ci désignerait les personnes autorisées à avoir connaissance de ces informations protégées. La divulgation de ces informations à des personnes non habilitées à en connaître serait sanctionnée pénalement.

Il convient au préalable de relever que cette voie de la définition d'une infraction nouvelle à large spectre n'est pas la seule envisageable pour améliorer le dispositif existant. Une solution alternative consisterait à compléter certaines des dispositions existantes pour combler les lacunes qui ont été relevées.

1) Sur la compatibilité avec les principes et règles à valeur constitutionnelle d'une interdiction de divulgation d'informations relatives à une entreprise :

Aucun principe n'impose la libre communication des informations détenues par les entreprises.

Au contraire, les informations relatives à la vie de l'entreprise, relevant du secret des affaires, sont un élément du droit au respect de la vie privée. Pour assurer la protection de ce droit, le chef d'entreprise peut, au titre de son pouvoir de direction de l'entreprise, décider que certaines informations ne seront communiquées qu'à certains personnels de l'entreprise et que leur diffusion à l'extérieur de l'entreprise sera interdite ou limitée.

Le droit de libre communication et la liberté d'expression, garantis notamment par les dispositions de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ne s'opposent pas à ce que le législateur, compétent aux termes de l'article 34 de la Constitution pour fixer « *les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » édicte des règles de nature à concilier l'exercice de cette liberté avec l'objectif de protection de la vie privée et, notamment, du secret des affaires.

La protection de la confidentialité de ces informations doit se concilier avec le principe constitutionnel de participation des travailleurs à la gestion des entreprises, posé au 8e alinéa du préambule de la Constitution, en tant que, notamment, il prévoit les conditions de l'information du comité d'entreprise.

Les dispositions assurant la protection du secret des affaires ne peuvent davantage faire obstacle à l'information des personnes détenant des droits de propriété sur l'entreprise.

Enfin, l'organisation de cette protection doit assurer le respect des obligations communautaires relatives à la communication des documents comptables et financiers.

2) Sur la possibilité pour le chef d'entreprise de décider de classifier des informations pour réserver leur communication à des personnes désignées par lui :

Le chef d'entreprise peut librement définir les conditions d'accès des personnels de l'entreprise aux informations détenues par l'entreprise, sous les réserves mentionnées au 1.

S'agissant de personnes extérieures à l'entreprise, il est également loisible au chef d'entreprise de déterminer les conditions dans lesquelles les informations peuvent être diffusées, sous réserve des droits de communication des juridictions et des administrations et des obligations contractuelles de l'entreprise.

Ces conditions d'accès peuvent notamment être organisées par un dispositif comportant une signalisation spécifique des informations protégées, au titre d'une classification de confidentialité propre à l'entreprise ainsi qu'une liste limitative des personnes habilitées à connaître de ces informations.

La méconnaissance de ces règles internes à l'entreprise, sous les réserves déjà mentionnées, peut faire l'objet de sanctions dans les limites du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise.

3) Sur la possibilité de sanctionner pénalement les manquements à des règles de protection d'informations classifiées déterminées par le chef d'entreprise :

En vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, le législateur doit fixer les règles concernant la détermination des infractions et, par suite, en définir les éléments constitutifs en des termes clairs et précis. Le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines fait obstacle à ce que le champ d'application de la loi pénale dépende de décisions administratives ou privées (cf. notamment la décision du Conseil constitutionnel no 98-399 DC du 5 mai 1998).

Le projet de loi du Gouvernement ne pourrait satisfaire à ces exigences constitutionnelles que sous réserve du respect des conditions suivantes.

a) Les informations protégées, dont la divulgation ferait l'objet d'une sanction pénale, ne pourraient être déterminées par le seul chef d'entreprise :

La classification par le chef d'entreprise d'une information comme relevant d'un « confidentiel entreprise » ne pourrait suffire à définir une information protégée dont la divulgation serait passible de sanctions pénales. La délimitation du champ d'application de la loi pénale serait alors, en effet, définie par une personne privée et non par la loi.

La définition d'un régime réglementaire du « confidentiel défense » ne serait pas de nature à permettre au chef d'entreprise de définir librement les informations protégées dont la divulgation serait sanctionnée pénalement.

Les informations susceptibles d'être protégées et les conséquences de cette protection doivent être définies précisément par la loi. Le chef d'entreprise identifierait ensuite certaines informations comme relevant de la protection légale ainsi établie, en appliquant ces critères. Le juge pénal saisi apprécierait si la classification est justifiée au regard de ces critères.

b) Les caractéristiques des informations susceptibles d'être protégées devront être clairement définies par la loi :
– il paraît préférable de ne pas qualifier d'économiques ou de financières les informations protégées, compte tenu de l'imprécision de ces qualificatifs et de l'objectif de protéger des secrets d'entreprise de toute nature ;
– la protection s'attacherait à des informations, quelle que soit leur support, sans qu'il y ait lieu de donner une liste de ceux-ci, qui risquerait de ne pas être exhaustive ;
– il ne semble pas utile de caractériser le secret protégé comme relevant du secret des affaires, notion qui ne paraît pas répondre, par elle-même, à l'exigence de clarté et de précision mentionnée ;
– les informations à protéger devraient être définies par leur niveau, comme, par exemple celles dont la divulgation à des personnes non autorisées serait de nature à compromettre la sécurité de l'entreprise ou sa compétitivité, compte tenu de leur importance particulière, commerciale, financière, scientifique ou technique pour l'entreprise ;
– les informations devraient avoir préalablement fait l'objet d'une mesure de protection connue des personnes susceptibles d'accéder à ces informations.

c) Le caractère restreint de l'accès à l'information protégée ou de sa diffusion devra être porté clairement à la connaissance des personnes susceptibles d'en avoir connaissance, par tous moyens.

Cette information peut résulter, selon les supports de l'information, d'une protection physique des documents dans des espaces à accès réservé, de mentions de limitation sur le document lui-même, telle la mention « confidentiel entreprise » envisagée, de codes d'accès informatique ou de cryptage.

La conséquence des mentions de restriction devrait être clairement portée à la connaissance des personnes à qui elle serait susceptible de s'appliquer.

d) Le caractère répréhensible de la divulgation devra être précisé.

Il conviendrait en particulier d'indiquer, d'une part, si l'infraction est constituée par le seul fait de prendre connaissance d'informations protégées en l'absence d'habilitation à en connaître ou par la seule action de communiquer ces informations à des personnes non autorisées, d'autre part, de distinguer selon que la détention et la communication irrégulière sont le fait de personnels de l'entreprise ou de personnes qui lui sont extérieures, enfin, d'indiquer que l'infraction ne peut être constituée que pour autant que l'information n'était pas librement accessible à la personne considérée et qu'elle était informée de ces restrictions.

Compte tenu du caractère général de l'interdiction envisagée, il paraît juridiquement difficile de prévoir de sanctionner la détention irrégulière de l'information. Seule devrait être sanctionnée la communication par une personne d'une information à laquelle elle aurait eu accès et dont elle saurait qu'elle a un caractère confidentiel à une autre personne dont elle saurait qu'elle n'y a pas normalement accès.

Un régime réglementaire comportant l'autorisation donnée par le chef d'entreprise d'accéder à des informations classifiées « confidentiel entreprise », qui ne serait praticable dans la vie de l'entreprise que s'il s'appliquait à des informations en nombre très limité, permettrait de se limiter dans l'entreprise à une information générale sur ce régime, dès lors que cette mention serait apposée, sous des formes adaptées, sur les informations protégées quel que soit leur support.

4) Sur le contenu des dispositions législatives mettant en place ce nouveau régime de protection **:**

Comme il a été dit, le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines impose de définir précisément les informations protégées, les éléments constitutifs de la violation de cette protection (notamment d du 3), le *quantum* de la peine, lequel doit respecter les principes constitutionnels de nécessité et de proportionnalité des peines ainsi que les principes selon lesquels devrait être assurée la définition préalable des mesures de protection.

Dès lors que la loi aurait posé le principe que les personnes susceptibles d'avoir connaissance des informations protégées devront avoir été préalablement informées de l'existence et des conséquences de cette protection, les modalités de protection adaptées à chacun des supports d'information ne relèvent pas de la loi pénale.

Prévoir dans la loi une interdiction d'accès et de diffusion à certaines informations pour les personnes non autorisées implique de déterminer au même niveau les principes du régime d'autorisation, et notamment les conditions dans lesquelles certaines catégories de personnes pourraient bénéficier d'une dispense d'autorisation, pour toutes les informations classifiées ou pour certaines catégories d'entre elles, à raison de leurs fonctions dans l'entreprise, compte tenu de règles légales ou de considérations relatives à la gestion de l'entreprise.

7.5. Étrangers

Rétention de longue durée – Mesure d'éloignement – Autorité administrative – Autorité judiciaire – Agissements liés au terrorisme

■ **Assemblée générale – Avis n° 384.821 – 13 janvier 2011**

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration des questions suivantes :

1° Le législateur pourrait-il, dans le respect de la Constitution et des engagements internationaux de la France, instituer une rétention de longue durée des étrangers faisant l'objet, en raison d'agissements liés au terrorisme, d'une interdiction du territoire français ou d'une mesure d'expulsion qui ne peut être exécutée à bref délai ?

2° Dans l'affirmative,

a) Une telle mesure de rétention pourrait-elle être décidée par une autorité administrative ? Quels contrôles juridictionnels devraient être instaurés pour garantir les droits des intéressés ? Selon quelle périodicité le réexamen de leur situation devrait-il être prévu ?

b) Quels motifs pourraient légalement la fonder ? Faudrait-il nécessairement prouver le risque pour la sécurité nationale ou l'ordre public ? Faudrait-il prévoir une durée maximale pour le maintien en rétention ou bien ce maintien pourrait-il être prolongé jusqu'à la mise en œuvre effective de la mesure d'éloignement ?

c) Dans quels lieux l'étranger en rétention pourrait-il être placé ? S'agit-il nécessairement de centres de rétention administrative, ou pourrait-il être placé dans un établissement pénitentiaire, plus adapté aux séjours de longue durée ?

3° La mesure envisagée pourrait-elle également être mise en œuvre à l'égard de personnes faisant l'objet d'une interdiction du territoire français ou d'un arrêté d'expulsion en raison d'un comportement de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État ou d'actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes ?

Vu la Constitution, notamment son article 66 ;

Vu le pacte international relatif aux droits civils et politiques, notamment son article 9 ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment son article 5 ;

Vu la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son article 6 ;

Vu la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, notamment ses articles 15 à 17 ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, notamment son livre V ;

Vu le code pénal, notamment ses articles 131-30 et suivants et 421-1 et suivants ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. Le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile habilite l'autorité administrative, d'une part, à ordonner la reconduite à la frontière d'un étranger qui séjourne irrégulièrement sur le territoire national ou à assortir un refus de séjour d'une obligation de quitter ce territoire et, d'autre part, à prononcer l'expulsion d'un étranger dont la présence en France constitue une menace grave pour l'ordre public. Par ailleurs, l'article 131-30 du code pénal dispose que : « *Lorsqu'elle est prévue par la loi, la peine de l'interdiction du territoire français peut être prononcée, à titre définitif ou pour une durée de dix ans au plus, à l'encontre de tout étranger coupable d'un crime ou délit.* »

Lorsqu'un étranger faisant l'objet de l'une des mesures d'éloignement ainsi prévues ne peut quitter immédiatement le territoire français, les dispositions actuellement en vigueur du titre V du livre V du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoient qu'il peut être retenu dans des locaux ne dépendant

pas de l'administration pénitentiaire. Cette rétention est une mesure de police dont la finalité est de permettre l'exécution de la mesure d'éloignement. Décidée par l'autorité administrative pour une période initiale de quarante-huit heures, elle peut ensuite, à certaines conditions, être prolongée par l'autorité judiciaire. Sa durée totale ne peut excéder trente-deux jours.

Lorsque la mesure d'éloignement n'est pas susceptible d'être exécutée à bref délai, la loi permet à l'autorité administrative d'assigner l'intéressé à résidence dans un lieu qu'il lui appartient de déterminer. L'assignation à résidence, dont la durée n'est pas limitée, a pour objet de préserver la possibilité d'une exécution ultérieure de la mesure d'éloignement. Dans le cas où cette mesure a été ordonnée en raison de la menace que l'intéressé représente pour l'ordre public, l'assignation à résidence est en outre destinée à faciliter la surveillance de son comportement par les services compétents.

Le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration interroge le Conseil d'État sur le point de savoir si le législateur pourrait, dans le respect de la Constitution et des engagements internationaux de la France, modifier les dispositions actuellement en vigueur afin d'instituer une rétention de longue durée applicable aux étrangers faisant l'objet d'une interdiction du territoire français ou d'un arrêté d'expulsion en raison d'agissements ou de comportements liés au terrorisme ou portant atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou d'actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'encontre de personnes déterminées ou de catégories de personnes.

II. a. Lorsqu'il organise un régime de privation temporaire de liberté des étrangers faisant l'objet de mesures d'éloignement, le législateur est tenu de respecter les dispositions de l'article 66 de la Constitution, aux termes duquel : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

Le législateur doit également se conformer aux stipulations des conventions internationales qui garantissent la liberté individuelle, notamment l'article 5 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes duquel : « *1. Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales : […] c. s'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ; […] f. s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours* ».

b. Par ailleurs, la rétention des étrangers faisant l'objet de mesures d'éloignement est soumise aux dispositions des articles 15 à 17 de la directive susvisée du 16 décembre 2008.

En vertu de son article 2, paragraphe 1, la directive s'applique « *aux ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre* ». Le paragraphe 2 du même article prévoit que les États membres peuvent décider de ne pas appliquer la directive aux ressortissants de pays tiers « *b. faisant l'objet d'une sanction pénale prévoyant ou ayant pour conséquence leur retour, conformément*

au droit national […]». Le paragraphe 4 de l'article 4 impose toutefois à l'État membre qui fait usage de cette faculté d'accorder aux intéressés des garanties au moins égales à celles que prévoient certains des articles de la directive, au nombre desquels figurent les articles 16 et 17 mais non l'article 15.

Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, lorsqu'il fixe les conditions d'exécution des mesures d'éloignement prises à l'encontre de ressortissants de pays tiers, le législateur est tenu de respecter l'ensemble des règles prévues aux articles 15 à 17 de la directive s'agissant des arrêtés de reconduite à la frontière, des obligations de quitter le territoire français et des arrêtés d'expulsion et les règles prévues aux seuls articles 16 et 17 s'agissant des interdictions du territoire français.

L'article 15 détermine les conditions du placement et du maintien en rétention. Il dispose notamment que : «*1. À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque : a) il existe un risque de fuite, ou b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement. / Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise. […] 4. Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté. 5. La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention, qui ne peut pas dépasser six mois. 6. Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison : a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires*».

Les articles 16 et 17 fixent les conditions dans lesquelles la rétention est mise en œuvre. L'article 16 dispose notamment, dans son paragraphe 1, que : «*La rétention s'effectue en règle générale dans des centres de rétention spécialisés. Lorsqu'un État membre ne peut les placer dans un centre de rétention spécialisé et doit les placer dans un établissement pénitentiaire, les ressortissants de pays tiers placés en rétention sont séparés des prisonniers de droit commun*».

III. a. Il résulte des dispositions qui viennent d'être rappelées, éclairées par la jurisprudence, que le législateur ne saurait prévoir la rétention des étrangers faisant l'objet de mesures d'éloignement que si et dans la mesure où la privation de liberté peut être regardée comme nécessaire à l'exécution de ces mesures.

Cette exigence entraîne deux conséquences.

En premier lieu, l'étranger ne peut être placé en rétention que s'il est impossible de le soumettre à des mesures moins contraignantes de nature à garantir avec une certitude raisonnable qu'il ne se soustraira pas à l'exécution de la mesure d'éloignement. D'une manière générale en effet, ainsi qu'il ressort notamment

des décisions du Conseil constitutionnel des 21 février 2008, n° 2008-562 DC et 26 novembre 2010, n° 2010-71 QPC, lorsque des exigences de valeur constitutionnelle justifient des atteintes à la liberté individuelle, ces atteintes doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis.

En second lieu, la rétention n'est envisageable que s'il existe une perspective raisonnable d'exécuter la mesure d'éloignement et elle ne peut être maintenue que si cette perspective subsiste et donne lieu à des diligences actives de l'autorité compétente. Écarter cette règle dans le cas d'étrangers faisant l'objet de mesures d'éloignement en raison de la menace qu'ils représentent pour l'ordre public reviendrait à instituer un régime de privation de liberté n'ayant pas pour finalité l'exécution de ces mesures mais la détention de personnes jugées dangereuses sans pour autant faire l'objet de poursuites pénales. Un tel régime ne rentrerait pas dans le cadre des dispositions du f de l'article 5, par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, éclairées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et notamment par son arrêt du 19 février 2009, A. et autres c. Royaume-Uni, req. n° 3455/05. Ne se rattachant à aucun des cas limitativement prévus par le même paragraphe, il serait incompatible avec les stipulations de l'article 5.

b. Dans la définition des conditions et des modalités de la rétention, le législateur doit, en outre, tenir compte des exigences suivantes.

Alors même que la décision de placer l'intéressé en rétention est confiée à une autorité administrative, la prolongation de la mesure au-delà d'un bref délai doit résulter d'une décision de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle. La prolongation vaut pour une durée limitée, qui ne peut être renouvelée que par une nouvelle décision de l'autorité judiciaire. À tout moment, celle-ci doit pouvoir mettre fin à la rétention à la demande de l'étranger ou de sa propre initiative.

La loi doit prévoir une durée maximale de rétention. La directive du 16 décembre 2008 interdit, dans son champ d'application, que cette durée excède une période de six mois, pouvant à certaines conditions être portée à dix-huit mois. La limite découlant du principe constitutionnel de la liberté individuelle pourrait être plus rapprochée. Toutefois, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dans son état actuel, ne permet pas de fixer cette limite avec précision.

Enfin, la rétention doit se dérouler dans le respect des droits fondamentaux de l'étranger, autres que sa liberté d'aller et venir, et des dispositions des articles 16 et 17 de la directive, qui prohibent notamment, sauf impossibilité, une rétention dans un établissement pénitentiaire.

IV. Aucune des exigences rappelées ci-dessus n'interdit par principe au législateur de prévoir, pour une catégorie d'étrangers dont la présence sur le territoire national constitue une menace d'une exceptionnelle gravité pour l'ordre public, une durée maximale de rétention administrative excédant la durée de droit commun. Une telle dérogation aux dispositions normalement applicables, portant exclusivement sur la durée maximale de la mesure, pourrait trouver une justification dans l'impérieuse nécessité d'exécuter la mesure d'éloignement et dans les difficultés particulières auxquelles cette exécution peut se heurter.

Une rétention de longue durée ne saurait être admise que dans le cas des étrangers dont la présence en France comporte les risques les plus graves. Parmi les catégories mentionnées dans la demande d'avis, seuls les étrangers faisant l'objet

de mesures d'éloignement en raison d'agissements liés au terrorisme sont susceptibles de remplir cette condition.

Cependant, pour les raisons indiquées au point III. a., les dispositions susceptibles d'être adoptées par le législateur dans le respect des normes qui s'imposent à lui devraient subordonner le placement et le maintien en rétention à l'existence d'une perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement. Cette réserve nécessaire trouverait à s'appliquer dans le cas où il est d'emblée acquis que l'intéressé, faisant l'objet d'une mesure d'éloignement en raison de son implication dans des entreprises terroristes, serait exposé, en cas de renvoi dans le pays dont il est ressortissant, à des traitements contraires aux dispositions de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'intéressé ne pourrait alors être placé et maintenu en rétention qu'en présence d'une perspective concrète d'accueil dans un autre pays, faisant l'objet de démarches actives des autorités compétentes.

La loi devrait par ailleurs n'autoriser le placement et le maintien en rétention que dans les cas où il est établi que des mesures moins rigoureuses ne peuvent pas être mises en œuvre avec une certitude raisonnable d'efficacité. Il y a lieu à cet égard de souligner que l'assignation à résidence peut être assortie d'obligations destinées à faciliter la surveillance de l'intéressé, obligations que le législateur pourrait renforcer dans le cas de personnes présentant des risques exceptionnels pour l'ordre public. Ce n'est que dans les cas où l'assignation à résidence, compte tenu des mesures dont elle pourrait être assortie, devrait être regardée comme inefficace que la privation de liberté pourrait être légalement justifiée.

La loi devrait prévoir que l'autorité judiciaire se prononce à intervalles réguliers, suffisamment rapprochés, sur la prolongation de la mesure, et qu'elle peut y mettre fin à tout moment si elle estime que les conditions légales ont cessé d'être remplies.

Les autres questions relatives aux modalités de la rétention trouvent une réponse dans les considérations exposées au III.

7.6. Fiscalité

Déductibilité des pertes d'une entreprise – Accident d'exploitation – Acte anormal de gestion – Contrôle interne de l'entreprise – Carence manifeste

■ **Section des finances – Avis n° 385.088 – 24 mai 2011**

Le Conseil d'État (section des finances), saisi par le ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État s'interrogeant sur les conditions d'application de la jurisprudence issue de la décision du 5 octobre 2007 Alcatel-Cit n° 291049 et de la notion de « carence manifeste » du contrôle interne dans l'hypothèse où une entreprise enregistre des pertes à la suite d'opérations conformes à son objet social mais traduisant un risque excessif qu'une meilleure organisation du contrôle interne aurait pu éviter, des questions suivantes :

– la qualification de « carence manifeste » peut-elle être retenue lorsque les opérations à l'origine des pertes de l'entreprise ont été conformes à l'objet de l'entreprise ?
– le contrôle interne en cause s'entend-il uniquement du contrôle en matière comptable et financière ou englobe-t-il l'ensemble des réglementations applicables à l'activité d'une entreprise (protection de l'environnement, hygiène et sécurité…) ?
– le constat d'une carence manifeste peut-il être établi par l'administration fiscale et suffit-il à justifier la non-déductibilité ? Quels seraient alors les éléments à apporter, les investigations à effectuer pour établir l'existence d'une carence manifeste ?
– une décision d'un corps de contrôle est-elle de nature à établir cette carence ? En particulier, l'existence de remarques récurrentes sur la qualité du contrôle interne des établissements vérifiés doit-elle être prise en compte ? La rapidité de réaction de la structure contrôlée est-elle aussi à prendre en compte ? Quelles seraient les conséquences à tirer, sur le plan fiscal, d'une annulation pour des raisons de procédure des décisions d'une autorité de contrôle ayant constaté une carence manifeste du contrôle interne ?
– l'administration fiscale peut-elle fonder son appréciation sur l'existence de procédures pénales ou civiles diligentées à l'encontre de salariés à l'origine des pertes en raison d'une prise de risque excessive ?

Vu le code général des impôts,

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre, sous réserve de l'appréciation des juridictions compétentes, dans le sens des observations ci-après :

1. a) En application des dispositions de l'article 38 du code général des impôts, selon lesquelles le bénéfice net imposable est « *déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises* », est en principe déductible du résultat imposable l'ensemble des dépenses engagées pour la réalisation de l'objet social de l'entreprise.

Peuvent seulement ne pas être pris en compte les actes ou opérations qui ont été réalisés à des fins autres que celle de satisfaire les besoins, ou, de manière générale, les intérêts de l'entreprise et qui, dans ces conditions, ne peuvent pas être regardés comme relevant d'une gestion normale de celle-ci.

Par suite, sous réserve de circonstances exceptionnelles, une opération accomplie conformément à l'objet social de l'entreprise et dont le dénouement se traduirait par des pertes importantes, ne saurait, par elle-même, caractériser un acte anormal de gestion.

b) Si le Conseil d'État a été amené, à plusieurs reprises, à juger[1] que « *la carence manifeste des dirigeants dans l'organisation de l'entreprise et la mise en œuvre des dispositifs de contrôle* » pouvait faire obstacle à la déductibilité de pertes survenues à raison de cette carence, cette jurisprudence est, à ce jour, limitée au cas particulier du détournement de fonds par un salarié, dans le but d'élargir le champ des hypothèses où le comportement *intuitu personae* du dirigeant permet de qualifier un tel détournement de libéralité constitutive d'un acte anormal de gestion.

c) Le critère du « *risque manifestement excessif* » auquel la jurisprudence a, en quelques occasions, eu recours, pour qualifier une opération d'acte anormal de gestion, n'a été mis en œuvre que dans le cas de décisions prises par les dirigeants d'une entreprise. Le Conseil d'État ne s'est ainsi pas prononcé sur des opérations risquées accomplies par des salariés dans l'exercice de leurs fonctions et rendues possibles par des carences du contrôle interne.

Si, en matière de bénéfices non commerciaux, le Conseil d'État a jugé que des défaillances de contrôle interne pouvaient fonder un refus de déduction de pertes enregistrées par le contribuable, cette jurisprudence n'a toutefois été rendue que dans des affaires de détournements de fonds par des salariés et dans le cas très particulier où le contribuable avait volontairement choisi d'assumer des pertes plutôt que le coût de la réorganisation de son cabinet[2].

Or, la liberté de gestion reconnue aux entreprises paraît devoir s'opposer à l'extension de cette jurisprudence et à sanctionner comme relevant d'une gestion anormale, un dysfonctionnement du contrôle interne des entreprises.

Par suite, à supposer que le juge fiscal étende sa jurisprudence sur le « risque excessif » aux pertes enregistrées à la suite d'opérations risquées menées par un salarié, une carence du contrôle interne ne paraît pas pouvoir fonder un refus de déduction des pertes comptabilisées à la suite d'opérations menées par un salarié conformément à l'objet social de l'entreprise mais traduisant un risque excessif que ces défaillances organisationnelles n'ont pas permis d'éviter, sous la réserve de l'hypothèse où les dirigeants auraient sciemment accepté une telle prise de risque par une absence totale d'encadrement et de contrôle de l'activité du salarié.

En conséquence, sous cette réserve, les opérations faisant l'objet de la présente demande d'avis ne paraissent pas pouvoir être regardées comme relevant d'une gestion anormale mais devraient être analysées comme des accidents d'exploitation que le juge fiscal se défend de sanctionner.

2.3.4.5. Dans l'hypothèse où le juge de l'impôt serait amené à se prononcer dans une espèce mettant en cause la qualité du contrôle interne d'une entreprise, il lui appartiendra d'apprécier l'ensemble des éléments soumis, par les parties, à son examen et de procéder à leur qualification.

1 - CE, 5 octobre 2007, *Alcatel-Cit.*, n° 291049 RJF 12/07 n° 1381 concl. N. Escaut BDCF 12/07 n° 137 Alcatel-Cit ; CE, 6 juin 2008, n° 285629, 8e et 3e s.-s., *SA Gustave Muller* : RJF 10/08 n° 1058.
2 - CE, 27 février 1991, n° 69971, *Guet* : RJF 4/91 n° 430, concl. O. Fouquet Dr. fisc. 5/92 c. 145

7.7. Justice pénale

Article 66 de la Constitution – Juges non professionnels au sein de formations correctionnelles – Présence minoritaire – Voix prépondérante du président, magistrat professionnel – Jury criminel

■ **Assemblée générale – Avis n° 385.083 – 17 mars 2011**

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le Premier ministre de la question de savoir si une disposition législative qui confierait le jugement de certains délits à une juridiction composée de trois magistrats professionnels et de trois citoyens choisis sur une liste établie à partir d'un tirage au sort et qui prévoirait que le président de la juridiction, magistrat professionnel, aurait voix prépondérante en cas de partage, serait conforme à la Constitution notamment en tant qu'elle institue une « composition paritaire » et un « mécanisme de voix prépondérante » ;

Vu la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, notamment ses articles 6 et 9 ;

Vu la Constitution, notamment ses articles 64 et 66 ;

Vu les décisions du Conseil constitutionnel n° 2003-466 DC du 20 février 2003 et n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005 ;

Vu le code de procédure pénale ;

Vu le code de l'organisation judiciaire ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. Selon l'article 398 du code de procédure pénale, lorsqu'il statue en formation collégiale, « *le tribunal correctionnel est composé d'un président et de deux juges* » et « *ne peut comprendre plus d'un juge non professionnel* ». La composition envisagée par le Gouvernement accroît de manière significative la participation des juges non professionnels puisque, au sein d'une formation correctionnelle de six membres, ils siégeraient en nombre égal à celui des magistrats de carrière. La prééminence de ces derniers serait toutefois maintenue par une disposition qui, en cas de partage égal, conférerait voix prépondérante au président de la juridiction, donc à un magistrat professionnel.

Le Gouvernement s'interroge sur la constitutionnalité d'un tel dispositif, d'une part, en tant qu'il accroît la participation des juges non professionnels au jugement des affaires correctionnelles et, d'autre part, en tant qu'il accorde voix prépondérante au président au sein d'une formation qui serait composée d'un nombre pair de juges.

Le Conseil d'État souligne toutefois que devront également être examinés au regard des exigences constitutionnelles le mode de sélection des citoyens appelés à siéger au sein de cette nouvelle formation, les règles de procédure applicables devant elle ainsi que sa compétence matérielle. En l'absence d'indications précises dans la demande d'avis sur ces différents points, le Conseil d'État appelle l'attention du Gouvernement sur la nécessité de se conformer aux principes rappelés par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005

en veillant à ce que les modalités de désignation et les conditions d'exercice de leurs fonctions par les assesseurs non professionnels soient entourées de garanties appropriées permettant de satisfaire notamment au principe d'indépendance et aux exigences de capacité qui découlent de l'article 6 de la Déclaration de 1789. En particulier, dans le cas où les personnes concernées ne seraient appelées à siéger que de manière ponctuelle au sein des tribunaux correctionnels, il conviendrait que soient apportées aux règles de procédure les adaptations nécessaires afin de garantir leur aptitude à participer de manière éclairée au jugement des affaires qui leur seront soumises. Sous le bénéfice de ces observations, il y a lieu d'examiner les deux questions plus spécialement soulevées par la demande d'avis.

II. La conformité à la Constitution de la présence au sein des formations correctionnelles de magistrats professionnels et de juges non professionnels en nombre égal doit être appréciée à la lumière de la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005. Par cette décision, le Conseil a eu notamment à déterminer si les dispositions prévoyant la possibilité pour les juges de proximité de siéger comme assesseurs au sein d'une juridiction compétente pour juger des infractions passibles d'emprisonnement méconnaissaient l'article 66 de la Constitution aux termes duquel : « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. / L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* »

Dans le considérant 16 de sa décision, le Conseil constitutionnel a posé le principe selon lequel « *si les dispositions de l'article 66 s'opposent à ce que le pouvoir de prononcer des mesures privatives de liberté soit confié à une juridiction qui ne serait composée que de juges non professionnels, elles n'interdisent pas, par elles-mêmes, que ce pouvoir soit exercé par une juridiction pénale de droit commun au sein de laquelle siègent de tels juges* ». Il a toutefois, dans le considérant 17, précisé que « *s'agissant des formations correctionnelles de droit commun, la proportion des juges non professionnels doit rester minoritaire* ». Il a ainsi renforcé, pour des motifs tirés du respect de l'article 66 de la Constitution, l'exigence générale posée par ses décisions n° 92-305 DC du 21 février 1992, n° 94-355 DC du 10 janvier 1995, n° 98-396 DC du 19 février 1998, n° 2002-461 DC du 29 août 2002 et n° 2003-466 DC du 20 février 2003 et fondée sur l'article 64 de la Constitution, selon laquelle les fonctions normalement réservées aux magistrats de carrière ne peuvent être confiées que « *pour une part limitée* » à des juges non professionnels.

Faisant application du principe ainsi dégagé, le Conseil a constaté qu'il était respecté par les dispositions déférées, dès lors qu'elles prévoyaient qu'un seul juge de proximité pourrait siéger au sein de la formation collégiale du tribunal correctionnel. Il a cependant assorti cette solution d'une réserve d'interprétation, précisant « *qu'en pareille hypothèse, afin d'assurer le respect des exigences constitutionnelles rappelées au considérant 17, les autres membres du tribunal devront être des magistrats professionnels* ». Il a ainsi exclu que le tribunal correctionnel puisse comprendre, outre un juge de proximité, un autre juge non professionnel tel qu'un avocat appelé à suppléer un magistrat en application de l'article L. 212-4 du code de l'organisation judiciaire ou encore un magistrat temporaire relevant de l'article 41-10 du statut de la magistrature. Tirant les conséquences de cette décision, le législateur a introduit à l'avant-dernier alinéa de l'article 398 du code de procédure pénale la disposition, déjà citée, prévoyant que le tribunal correctionnel « *ne peut comprendre plus d'un juge non professionnel* ».

À la lumière de la décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, des dispositions qui institueraient une formation correctionnelle comprenant, en nombre égal, des juges non professionnels et des magistrats de carrière devraient par conséquent être tenues pour contraires à l'article 66 de la Constitution, puisqu'elles n'assureraient pas, au sein de cette formation, une présence majoritaire des magistrats de carrière. La circonstance qu'une voix prépondérante serait octroyée au président, choisi parmi ces derniers, n'est pas de nature à modifier cette appréciation.

Il n'y a pas lieu, par ailleurs, de distinguer selon le mode de désignation des juges non professionnels. En particulier, si la composition de la cour d'assises, qui comprend une majorité de jurés, n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles, ainsi qu'il résulte de la décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, il ne saurait en être tiré la conséquence que ne méconnaîtrait pas ces exigences la présence majoritaire de jurés au sein des tribunaux correctionnels compte tenu des termes explicites du considérant 17 de la décision n° 2004-510 DC. L'ancienneté et la très forte spécificité de l'institution du jury criminel expliquent en réalité que la cour d'assises soit au nombre des juridictions où, selon l'expression du Conseil constitutionnel, l'exercice des fonctions judiciaires n'est pas normalement réservé aux magistrats de carrière.

III. Au-delà des objections qu'il susciterait au regard de l'article 66 de la Constitution, tenant à la part excessive qu'il accorde aux juges non professionnels, le dispositif envisagé, en tant qu'il octroie, au sein d'une formation composée d'un nombre pair de juges, voix prépondérante au président pour le jugement des affaires correctionnelles, pourrait être regardé comme affectant le principe de la présomption d'innocence consacré par l'article 9 de la Déclaration de 1789, selon lequel tout homme est présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable.

En effet, au nombre des règles fondamentales garantissant le respect de ce principe au cours du procès pénal figure celle, rappelée par l'article 304 du code de procédure pénale, selon laquelle, lors de l'appréciation par la juridiction de jugement de la culpabilité de la personne poursuivie, le doute doit profiter à celle-ci : par suite, la culpabilité d'une personne ne peut résulter que d'un vote majoritaire et non d'un partage égal des voix. Serait donc critiquable au regard de l'article 9 de la Déclaration de 1789 une disposition qui confèrerait, en cas de partage égal des voix, à l'un des membres de la juridiction, en fût-il le président, une voix prépondérante et permettrait ainsi à cette juridiction d'entrer, le cas échéant, en voie de condamnation, alors que l'absence de majorité révèle par elle-même l'existence d'un doute raisonnable sur la culpabilité.

Au demeurant, le principe selon lequel le partage égal des voix ne peut emporter déclaration de culpabilité est ancien et constant dans notre procédure pénale. Ainsi, devant la cour d'assises de première instance, composée d'un nombre pair de membres par dérogation à la règle posée par l'article L. 121-2 du code de l'organisation judiciaire, il résulte de l'article 359 du code de procédure pénale que la déclaration de culpabilité ne peut être acquise qu'à la majorité qualifiée de huit voix au moins. Des règles semblables prévalent dans les quelques pays européens connaissant également des juridictions pénales composées de juges en nombre pair. Il est alors prévu soit que la décision sur la culpabilité ne peut être prise qu'à la majorité des voix, soit que le partage égal emporte la décision la plus favorable à la personne poursuivie, alors même que, dans ces pays, une voix prépondérante serait accordée au président lorsque des juridictions paritaires statuent dans des matières autres que pénale. De même, devant la Cour pénale

internationale, conformément aux articles 57 et 74 de son statut, s'applique la règle du vote majoritaire.

IV. Il apparaît ainsi que des dispositions qui institueraient une formation correctionnelle composée dans les conditions envisagées par le Gouvernement heurteraient à la fois l'article 66 de la Constitution confiant à l'autorité judiciaire la mission de garantir la liberté individuelle et l'article 9 de la Déclaration de 1789 consacrant le principe de la présomption d'innocence.

7.8. Libertés publiques

Libertés publiques – Ordre public – Vidéo protection – Enregistrement des images sur la voie publique et dans les lieux privés – Champs d'application respectifs de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité

■ **Section de l'intérieur – Avis n° 385.125 – 24 mai 2011**

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le ministre de la justice et des libertés des questions suivantes :

1° Quel est le critère permettant de déterminer qu'un système de vidéoprotection doit être soumis aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ? Le seul fait d'enregistrer sur un support numérique des images de vidéoprotection ne relevant pas, en tout ou partie, du champ d'application de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité entraîne-t-il l'application des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 ?

2° Le dispositif d'autorisation préfectorale prévu par la loi du 21 janvier 1995 peut-il, dans certains cas, se combiner avec celui du chapitre IV de la loi du 6 janvier 1978 pour un même système de vidéosurveillance ? La circonstance qu'un système de vidéosurveillance capte des images dans des lieux privés qui ne sont pas, au moins partiellement, ouverts au public, rend-elle inapplicable la loi du 21 janvier 1995 alors même que sont également captées des images sur la voie publique ?

Vu la directive 95/46/CE du Parlement européen et du conseil du 25 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, notamment ses articles 2 et 3 ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, notamment son article 2 ;

Vu l'article 10 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

1. Le champ d'application de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est défini à l'article 2 de cette loi dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2004. Aux termes de cet article :

« *La présente loi s'applique aux traitements automatisés de données à caractère personnel, ainsi qu'aux traitements non automatisés de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers, à l'exception des traitements mis en œuvre pour l'exercice d'activités exclusivement personnelles […]*

« Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne.

« Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction.

« Constitue un fichier de données à caractère personnel tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés […] ».

2. Ces dispositions reprennent celles des articles 2 et 3.1 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dont la loi du 6 août 2004 a assuré la transposition.

L'article 3.1 prévoit que la directive « *s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier* ». L'article 3.2 excepte cependant du champ de la directive, outre les traitements de données à caractère personnel effectués par les personnes physiques à des fins exclusivement personnelles ou domestiques, ceux qui sont mis en œuvre pour l'exercice d'activités ne relevant pas du droit communautaire, notamment les traitements ayant pour objet la sécurité publique. Le législateur n'a pas introduit cette restriction lorsqu'il a défini le champ d'application de la loi du 6 janvier 1978, qui est par suite plus large que celui de la directive.

Les notions de données à caractère personnel, de traitement de données et de fichier sont définies à l'article 2 de la directive. Cet article prévoit notamment que les données à caractère personnel s'entendent de « *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable* », étant réputée identifiable « *une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle*

ou sociale». Le considérant 26 de la directive précise que : «*pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne, pour identifier ladite personne*».

3. Au regard des dispositions précitées, la surveillance exercée en certains lieux au moyen de caméras doit être regardée comme un traitement automatisé de données à caractère personnel, entrant dans le champ de la directive du 24 octobre 1995 et de la loi du 6 janvier 1978, dès lors, d'une part, que les images font l'objet d'un enregistrement et d'une conservation et, d'autre part, que le responsable du système de surveillance ou ceux qui ont vocation à accéder aux enregistrements sont en mesure d'identifier les personnes qui y apparaissent.

En effet :

a. Les enregistrements livrent des informations sur les personnes qui y apparaissent, notamment leur présence en un endroit et à un moment déterminés. Si ces personnes sont identifiables, les deux éléments de la notion de données à caractère personnel, telle qu'elle est définie au *a)* de l'article 2 de la directive et au deuxième alinéa de l'article 2 de la loi, se trouvent réunis.

Pour déterminer si l'identification des personnes est possible, il y a lieu de tenir compte, comme l'indique le considérant 26 de la directive, de «*l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre, soit par le responsable du traitement, soit par une autre personne, pour identifier (la) personne*». Ces moyens peuvent consister dans des dispositifs intégrés dans le système, notamment l'association avec une base de données nominatives comportant les photographies de personnes susceptibles d'apparaître dans les enregistrements. Mais la possibilité d'identification peut également résulter du seul fait que le système est mis en œuvre dans des lieux où sont appelées à se trouver habituellement des personnes dont une partie significative est connue par le responsable du système ou par ses agents.

b. Le fait d'enregistrer, conserver puis, le cas échéant, effacer les images captées par la caméra est constitutif d'un traitement au sens du *b)* de l'article 2 de la directive et du troisième alinéa de l'article 2 de la loi. Ces opérations étant réalisées au moyen d'un dispositif automatique, le système de surveillance doit être regardé, quelles que soient les techniques mises en œuvre, comme un traitement automatisé. En revanche, le seul fait de capter les images au moyen d'une caméra et de les visionner en temps réel sans procéder à un enregistrement n'implique pas un traitement de données et n'entre donc pas dans le champ de la directive ni de la loi.

4. S'agissant, toutefois, des systèmes de vidéoprotection mis en œuvre sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, dans les conditions prévues à l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, il y a lieu de tenir compte des dispositions du I de cet article dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2004.

Aux termes de ce paragraphe : «*Les enregistrements visuels de vidéoprotection répondant aux conditions fixées au II sont soumis aux dispositions ci-après, à l'exclusion de ceux qui sont utilisés dans des traitements automatisés ou contenus dans des fichiers structurés selon des critères permettant d'identifier, directement ou indirectement, des personnes physiques, qui sont soumis à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*».

Il résulte des termes mêmes de ces dispositions qu'elles définissent un critère d'application de la loi du 6 janvier 1978 qui vaut pour les systèmes de vidéoprotection répondant aux conditions prévues au II de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995, à savoir les systèmes mis en œuvre sur la voie publique ou dans des lieux ou établissements ouverts au public, à des fins limitativement énumérées relevant de la sécurité publique, de la constatation de certaines infractions, des secours aux personnes et de la régulation des flux de transport.

Le législateur a voulu que ces systèmes relèvent normalement d'une autorisation délivrée par le préfet après avis d'une commission départementale. Par exception, il a prévu qu'ils relèvent des procédures et des règles de fond instituées par la loi du 6 janvier 1978 si les enregistrements sont utilisés dans des traitements automatisés ou contenus dans des fichiers et que ces traitements ou fichiers sont organisés de manière à permettre, par eux-mêmes, l'identification des personnes.

Pour les systèmes de vidéoprotection de la voie publique et des lieux et établissements ouverts au public, le critère d'application de la loi du 6 janvier 1978 diffère donc de celui qui résulte des termes mêmes de cette loi. Ce critère dérogatoire tient à la présence dans le système de fonctionnalités destinées à permettre l'identification des personnes. Il y a lieu de souligner qu'il ne soulève pas de difficulté au regard des dispositions de la directive du 24 octobre 1995 dès lors que la vidéoprotection prévue par la loi du 21 janvier 1995 est mise en œuvre à des fins de sécurité publique ou à d'autres fins ne relevant pas du droit communautaire et échappe par suite au champ de la directive en vertu de son article 3.2.

5. Il résulte de ce qui précède qu'un système de surveillance au moyen de caméras, mis en œuvre dans un lieu non ouvert au public et n'entrant par suite pas dans les prévisions du II de l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995, est soumis aux dispositions de la loi du 6 janvier 1978 dès lors que les images font l'objet d'un enregistrement et d'une conservation et que le responsable du système ou les agents qui ont accès aux enregistrements sont en mesure, par les moyens dont ils disposent normalement, d'identifier les personnes susceptibles d'y apparaître. Cette dernière condition est à l'évidence remplie s'agissant d'un système mis en œuvre par l'administration dans l'enceinte d'un établissement pénitentiaire.

Lorsqu'un système de surveillance comporte à la fois des caméras dirigées vers la voie publique ou des espaces ouverts au public et des caméras dirigées vers des espaces non ouverts au public, fréquentés par des personnes que les destinataires des enregistrements sont en mesure d'identifier, il doit faire l'objet tant de l'autorisation prévue à l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 que des formalités instituées par la loi du 6 janvier 1978. Le préfet, d'une part, et la Commission nationale de l'informatique et des libertés, d'autre part, n'ont à connaître du système que dans la mesure où il entre dans leurs champs de compétence respectifs.

7.9. Outre-mer

Demande d'avis du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie – Droit applicable à la protection juridique des majeurs – Répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces

■ **Section de l'intérieur – Avis n° 384.983 – 22 mars 2011**

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie par le haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie et relative à la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces.

Vu la transmission en date du 28 janvier 2011, enregistrée au Conseil d'État le 3 février 2011, de la demande d'avis du haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie portant sur le droit applicable en Nouvelle-Calédonie à la protection juridique des majeurs, notamment en cas de vacance de tutelle, et la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces dans la mise en place des mesures prévues au titre II de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, notamment dans l'institution des mandataires judiciaires à la protection des majeurs et l'accompagnement social des majeurs protégés ;

Vu la Constitution, notamment son titre XIII ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code civil ;

Vu le code de l'action sociale et des familles ;

Vu la loi n° 70-589 du 9 juillet 1970 relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer ;

Vu la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs ;

Vu le décret n° 74-930 du 6 novembre 1974 portant organisation de la tutelle d'État et de la curatelle d'État ;

Vu le décret n° 2008-1554 du 31 décembre 2008 relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 6-2 de la loi organique susvisée du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « *Dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin. / Par dérogation au premier alinéa, sont applicables de plein droit en Nouvelle-Calédonie, sans préjudice des dispositions les adaptant à son organisation particulière, les dispositions législatives et réglementaires qui sont relatives : …4° A la nationalité, à l'état et la capacité des personnes* » ; aux termes de son article 22 : « *La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : […] / 2° […] formation professionnelle, sans préjudice des actions des provinces dans ce domaine, et attribution de diplômes à ce titre ; […] / 4° Protection sociale, hygiène publique et santé, contrôle sanitaire aux frontières ; […] / 24° Établissements hospitaliers* » ; aux termes de son article 20 : « *Chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie* » ; aux termes de son article 47 : « *Le congrès peut, à la demande d'une assemblée de province, donner compétence aux autorités de la province pour adapter et appliquer : 1° La réglementation en matière d'hygiène publique et de santé ainsi que de protection sociale […]* » ; enfin, aux termes de son article 222 : « *I. – Les dispositions législatives et réglementaires en vigueur en Nouvelle-Calédonie à la date de la promulgation de la présente loi organique et qui ne lui sont pas contraires demeurent applicables* ».

Sur la première question

La loi du 9 juillet 1970 susvisée relative au statut civil de droit commun dans les territoires d'outre-mer a rendu applicables à la Nouvelle-Calédonie, en tant qu'elles n'y sont pas déjà applicables, les dispositions législatives relatives à l'état et à la capacité des personnes antérieures à l'entrée en vigueur de cette loi, au rang desquelles figure la loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, et y a rendu applicables de plein droit les modifications postérieures de ces lois.

Les dispositions du code civil relatives à la protection juridique ou judiciaire des majeurs, dans leur rédaction issue du titre I de la loi susvisée du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, et, plus précisément, à la sauvegarde de justice, à la curatelle et à la tutelle ainsi qu'à la mesure d'accompagnement judiciaire, sont de plein droit applicables en Nouvelle-Calédonie, comme relevant de la matière de l'état et de la capacité des personnes. Il appartient toutefois à l'État d'y apporter les adaptations rendues nécessaires par l'organisation particulière de la Nouvelle-Calédonie.

À défaut d'avoir procédé à ce jour à ces adaptations, la mesure de protection ne peut actuellement être confiée, dans cette collectivité, à un mandataire judiciaire à la protection des majeurs inscrit sur la liste départementale prévue au code de l'action sociale et des familles, en l'absence de prise en charge possible du majeur à protéger par sa famille ou son entourage.

Par suite, la situation des majeurs isolés à protéger ne peut être appréhendée à ce jour qu'à travers le mécanisme de la tutelle d'État tel qu'organisé par le décret du 6 novembre 1974 susvisé portant organisation de la tutelle d'État et de la curatelle d'État, dont les dispositions ont été expressément maintenues en vigueur en Nouvelle-Calédonie par le décret n° 2008-1554 du 31 décembre 2008 relatif aux modalités de participation des personnes protégées au financement de leur mesure de protection et qui y est de plein droit applicable en tant qu'il participe du régime de la capacité des personnes, sous réserve des adaptations locales nécessaires.

Aux termes de l'article 433 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi susvisée du 5 mars 2007 « *Si la tutelle reste vacante, le juge des tutelles la défère à l'État s'il s'agit d'un majeur… »* ; aux termes de l'article

5 du décret du 6 novembre 1974 susvisé : « *La tutelle d'État peut être confiée au préfet qui la délègue au directeur départemental de l'action sanitaire et sociale* » ; aux termes de son article 7 : *« Tout notaire compétent pour instrumenter dans le ressort du tribunal d'instance peut être désigné par le juge des tutelles comme tuteur aux biens […] / S'il l'accepte, les fonctions de tuteur à la personne peuvent également lui être confiées* » ; enfin aux termes de son article 8 : *« Le procureur de la République établit pour chaque ressort de juge des tutelles, et après avis du préfet, une liste de personnes physiques ou morales qualifiées qui acceptent d'être déléguées à la tutelle d'État […]* » ;

Si le juge des tutelles choisit de confier la mesure à l'État, représenté par le haut-commissaire de la République, il appartient à celui-ci de prendre l'attache du service local relevant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie et correspondant, en métropole, au service chargé, dans le département, de l'action sanitaire et sociale, à l'effet de déterminer les conditions et modalités de la prise en charge des majeurs concernés, soit par les personnels de Nouvelle-Calédonie soit, en cas de délégation dans les conditions prévues à l'article 47 de la loi statutaire, par ceux des provinces.

Les autres possibilités ouvertes par le décret du 6 novembre 1974 peuvent être mises en œuvre en l'absence de convention susceptible d'être concrétisée à cet effet.

Sur la seconde question

La loi du 5 mars 2007 a, dans son titre II, institué d'une part, la mesure d'accompagnement social personnalisé et prévu d'autre part, les conditions de mise en œuvre des mesures de protection juridique et judiciaire par les mandataires judiciaires à la protection des majeurs ainsi que le financement de ces mesures.

La mesure d'accompagnement social personnalisé consiste en une aide à la gestion des prestations sociales et en un accompagnement social individualisé à l'égard de toute personne dont la santé ou la sécurité est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources ; elle prend la forme d'un contrat conclu entre l'intéressé et le département, représenté par le président du conseil général, et n'emporte aucune incapacité. Elle constitue, par suite, une mesure de protection sociale au sens de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, dont la création et la mise en œuvre locales ainsi que le financement relèvent des autorités de Nouvelle-Calédonie (le congrès ou, sur délégation, les assemblées de provinces).

S'agissant de la mise en œuvre des mesures de protection juridique et judiciaire, le régime auquel sont soumis les mandataires judiciaires à la protection des majeurs est indissociable des règles de fond du code civil régissant la capacité des personnes, dans la mesure où ils sont chargés, sur mandat du juge et sous le contrôle direct de celui-ci à qui ils doivent rendre compte, de leur mise en œuvre effective dans le respect des libertés individuelles qu'impose la nature même des mesures prononcées. Par suite, les dispositions du titre II de la loi du 5 mars 2007 régissant les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont de plein droit applicables en Nouvelle-Calédonie, sous la réserve des adaptations par l'État que rendrait nécessaire l'organisation particulière de la collectivité, en ce qu'elles fixent les éléments suivants de ce régime juridique :
– le principe même du recours à ces mandataires en l'absence de personnes proches du majeur susceptibles d'exercer la mesure ;

– la détermination des catégories de personnes, physiques et morales, susceptibles de bénéficier de la qualité de mandataires judiciaires à la protection des majeurs ;
– les conditions d'accès à la fonction, en particulier l'habilitation à celle-ci et l'inscription des intéressés sur une liste établie par l'autorité étatique (le haut-commissaire en Nouvelle-Calédonie) ;
– l'exigence d'un niveau de qualification reconnu par l'État ;
– les conditions d'exercice tenant aux garanties de moralité, d'indépendance fonctionnelle et de couverture financière ;
– les obligations déontologiques en matière de respect des droits fondamentaux des personnes hébergées dans les structures de prise en charge ;
– le contrôle de l'activité des mandataires par l'autorité étatique ;
– les sanctions pénales qui ne mettent pas en cause les règles d'organisation et de fonctionnement des établissements du secteur médical, social et médico-social.

La Nouvelle-Calédonie est en revanche compétente, en tant que deux des catégories d'intervenants potentiels à l'exécution du mandat judiciaire à la protection des majeurs (les services sociaux et médico-sociaux et les préposés d'établissements de santé) relèvent du système de protection sociale et de santé de la collectivité, et sans préjudice d'une éventuelle délégation aux provinces, pour désigner ceux des services et préposés d'établissements du secteur médical, social et médico-social, qui, sous réserve de leur habilitation et de leur inscription sur la liste des mandataires, seront susceptibles d'exercer la mesure de protection ainsi que pour fixer les règles d'organisation et de fonctionnement de ces structures et les modalités de leur contrôle par les autorités locales.

Enfin, il résulte de l'article 47 de la loi organique du 19 mars 1999 que les provinces ont la faculté, sur délégation du congrès, d'assurer par elles-mêmes l'exécution des mesures relevant du domaine de la protection sociale et de la santé, en adaptant, le cas échéant, la réglementation en la matière. Cette faculté est susceptible de permettre aux provinces qui le souhaiteraient de faire assurer, par leurs propres structures, l'exécution matérielle des mandats judicaires de protection des majeurs, dans les mêmes conditions et selon les mêmes modalités que celles de la Nouvelle-Calédonie ou en y apportant les adaptations qu'elles jugeraient nécessaires à leur organisation particulière, dans le respect des principes régissant ces mesures.

Demande d'avis du président de l'assemblée de la Polynésie française – Mandat de membre du Gouvernement de la Polynésie française et mandat de membre de l'assemblée de la Polynésie française

■ Section de l'intérieur – Avis n° 385.272 – 24 mai 2011

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de la Polynésie française par le président de l'assemblée de la Polynésie française et portant sur l'application des articles 78 et 81 de la même loi organique ;

Vu la transmission en date du 28 avril 2011, enregistrée au secrétariat de la section de l'intérieur du Conseil d'État le 2 mai 2011, de la demande d'avis du président de l'assemblée de la Polynésie française portant sur la question de la détermination de la date à compter de laquelle court le délai, fixé à l'article 78 de la loi organique du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, à l'expiration duquel un représentant à l'assemblée qui,

après avoir renoncé à son mandat de représentant pour exercer des fonctions de membre du Gouvernement de la Polynésie française, peut retrouver son siège à l'assemblée après avoir été démis de ses fonctions gouvernementales, plus précisément sur la question de savoir si cette date est celle à laquelle la décision de révocation a été prononcée ou celle de la notification au président de l'assemblée, prévue à l'article 81 de la même loi organique, de l'arrêté modifiant la composition du Gouvernement ;

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée portant statut d'autonomie de la Polynésie française, notamment ses articles 78, 81 et 175 ;

Vu le code de justice administrative, notamment ses articles R. 225-6 à R. 225-8 ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 78 de la loi organique du 27 février 2004 susvisée dans sa rédaction issue de l'article 2 de la loi organique du 7 décembre 2007 : « *Lorsqu'un membre de l'assemblée qui, après avoir renoncé à son mandat de représentant de la Polynésie française par suite de son élection en qualité de président de la Polynésie française ou par suite de sa désignation en qualité de vice-président du Gouvernement ou de ministre, quitte ses fonctions au sein du Gouvernement de la Polynésie française, il retrouve, à compter du premier jour du troisième mois qui suit la fin desdites fonctions, son mandat à l'assemblée de la Polynésie française au lieu et place du dernier représentant à l'assemblée de la Polynésie française qui avait été élu sur la même liste et appelé à siéger à sa suite. / Toutefois, lorsque la fin des fonctions du Gouvernement intervient dans les cas prévus aux articles 80, 156 et 156-1, le représentant reprend l'exercice de son mandat dès la fin de ses fonctions gouvernementales.* »

Il résulte des termes de cet article que la date à laquelle prend effet, pour la computation du délai qu'il prévoit, la révocation, ou la démission, d'un membre du Gouvernement est celle de la décision par laquelle prennent fin ses fonctions gouvernementales, à savoir la décision par laquelle le président de la Polynésie française prononce la révocation ou, s'agissant d'une démission, de la décision par laquelle le président l'accepte.

Aux termes de l'article 81 de la même loi organique : « *La démission d'un ministre est présentée au président de la Polynésie française, lequel en donne acte et en informe le président de l'assemblée de la Polynésie française et le haut-commissaire. / Toute modification dans la composition du Gouvernement et dans la répartition des fonctions au sein du Gouvernement est décidée par arrêté du président de la Polynésie française. Cet arrêté est notifié au haut-commissaire et au président de l'assemblée de la Polynésie française. La nomination de nouveaux ministres et l'affectation des ministres à de nouvelles fonctions ne prennent effet qu'à compter de cette notification […]* ».

Si, en vertu des dispositions précitées de l'article 81, la nomination de nouveaux ministres et l'affectation des ministres à de nouvelles fonctions ne prennent effet qu'à compter de la notification au haut-commissaire et au président de l'assemblée de la Polynésie française de l'arrêté par lequel le président de la Polynésie française prononce la décision de nommer et d'affecter de nouveaux ministres, ces mêmes dispositions, qui se bornent à prévoir l'information du président de l'assemblée et du haut-commissaire de la démission d'un ministre, sont sans incidence sur la prise d'effet de la démission ou de la révocation d'un membre du Gouvernement.

Dans le cas où le président de la Polynésie française réunit, dans un même acte, d'une part la décision de démettre de ses fonctions un membre du Gouvernement, ou de lui donner acte de sa démission, et, d'autre part, celle de nommer un nouveau ministre, la première prend effet immédiatement alors que la prise d'effet de la seconde est subordonnée à l'accomplissement de la formalité de notification prévue à l'article 81.

Il résulte de ce qui précède que, dans le cas évoqué par le président de l'assemblée de la Polynésie française d'une décision prise par le président de la Polynésie française de démettre plusieurs membres de son Gouvernement le 28 février 2011, les intéressés qui étaient auparavant membres de l'assemblée peuvent retrouver leurs sièges de représentant dès le 1er mai 2011 en application de l'article 78 précité, alors même que les décisions de révocation de ministres et la nomination de nouveaux ministres auraient été prises dans le même arrêté en date du 28 février 2011 publié au *Journal officiel* le 28 février 2011 et notifiées au président de l'assemblée le lendemain 1er mars 2011.

Nouvelle-Calédonie – Droit civil – Droit commercial – Compétences – Domaine réservé à l'État – Sécurité juridique

■ **Section de l'intérieur – Avis n° 385.207 – 7 juin 2011**

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi par le ministre de la justice et des libertés des questions suivantes :

1° Les notions de droit civil et de droit commercial mentionnées au point 3.1.2 de l'accord de Nouméa peuvent-elles être interprétées comme renvoyant respectivement aux seules règles fixées par le code civil et le code de commerce ? Dans le cas contraire, quelle règle doit guider le partage des compétences dans les matières susceptibles de relever à la fois du droit civil ou du droit commercial et des domaines réservés à l'État ?

2° Sur un plan formel, quel mode de définition du périmètre des matières transférées et parallèlement des compétences réservées à l'État serait le mieux à même de garantir la sécurité juridique du dispositif ?

Vu la Constitution, notamment son titre XIII ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code civil ;

Vu le code de commerce ;

Vu le code monétaire et financier ;

Vu le code de la consommation ;

Vu la loi du 1er juillet 1901 sur le contrat d'association ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes de l'article 21 de la loi organique susvisée du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie : « *I. – L'État est compétent dans les matières suivantes : / 1° Nationalité ; garanties des libertés publiques ; droits civiques ; régime électoral ;*

/ 2° Justice, organisation judiciaire, organisation de la profession d'avocat, frais de justice pénale et administrative ; procédure pénale et procédure administrative contentieuse ; commissions d'office et service public pénitentiaire ; […] / 5° Monnaie, crédit, changes, relations financières avec l'étranger et Trésor ; […] / III. – « L'État exerce jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions prévues à l'article 26, les compétences suivantes : […] / 4° Droit civil, règles concernant l'état civil et droit commercial. »

Aux termes de l'article 26 de la même loi : « *Les compétences attribuées à l'État par les dispositions du III de l'article 21 sont transférées à la Nouvelle-Calédonie au cours de la période correspondant aux mandats du congrès commençant en 2004 et 2009. / Les compétences transférées et l'échéancier des transferts font l'objet d'une loi du pays adoptée à la majorité des trois cinquièmes des membres du congrès. […] / La loi du pays relative au transfert des compétences visées aux 4° et 5° du même III est adoptée au plus tard le dernier jour de la deuxième année suivant le début du mandat du congrès commençant en 2009.* »

1 – Sur la première question

Il résulte des dispositions précitées que les compétences détenues par l'État en droit civil, régime de l'état civil compris, et en droit commercial seront transférées à la Nouvelle-Calédonie au plus tard à l'expiration du second mandat du congrès, soit en mai 2014, sous réserve des attributions que l'État pourrait détenir en ces domaines à l'un ou l'autre des titres mentionnés au I de l'article 21.

Selon l'analyse communément admise de ces deux disciplines de droit privé, qui ne sont définies ni par la loi statutaire ni par aucun autre texte de portée normative, le droit civil s'entend de l'ensemble des règles de fond s'appliquant aux rapports des particuliers entre eux, à l'exception de celles qui, intéressant un secteur propre et délimité dans son objet, présentent une spécificité telle qu'elles constituent une branche de droit autonome (droit des assurances) et le droit commercial régit les opérations juridiques faites par les commerçants entre eux ou avec leurs clients ainsi que, plus largement, la plupart des activités de production, de distribution et de services y compris monétaires et financiers.

L'existence d'une codification est, sinon le critère, du moins un indice de l'autonomie d'une branche du droit. À cet égard, il y a lieu de constater, d'une part, que le droit civil ne se limite pas aux règles contenues dans le code civil (copropriété ; baux d'habitation ou professionnels) et, d'autre part, que le code de commerce ne recouvre pas l'ensemble du droit commercial et comporte, à l'inverse, des dispositions qui ne s'y rattachent pas directement (organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce qui relèvent de l'organisation judiciaire).

1-1. En conséquence, doivent être intégrées au droit civil, outre le contenu du code civil (hormis son titre préliminaire qui ne régit pas les rapports entre particuliers), les règles de fond édictées en dehors de lui lorsqu'elles répondent à la définition de ce droit telle que ci-dessus rappelée. Il convient toutefois de faire la réserve des dispositions portant sur les matières énumérées aux articles 21 et 22 de la loi organique statutaire et qui, bien que régissant les rapports entre particuliers, sont indissociables de la branche du droit autonome qui traite cette matière.

En application de l'avis rendu par la section de l'intérieur le 2 octobre 2007 (n° 380.799) sur la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française en matière de procédure civile, les règles de procédure civile indissociables

des règles de fond applicables à la matière dont elles assurent la protection judiciaire, participent de la nature de celles-ci et doivent être rattachées au droit civil.

En revanche, sont à exclure du transfert des compétences à la Nouvelle-Calédonie, en application du 1° du I de l'article 21 de la loi organique statutaire, même s'ils relèvent ou sont susceptibles de relever du droit civil, le droit de la nationalité et le régime juridique des garanties des libertés publiques, dans l'ensemble de leurs composantes de fond, de forme et de procédure. Au rang de ces dernières figurent notamment, dans le code civil, les dispositions de l'article 9 sur le respect de la vie privée, celles des articles 16 et suivants sur le respect du corps humain, celles des articles 544 et 545 sur le caractère fondamental du droit de propriété, et celles qui, dans le titre V et dans le chapitre III du titre II du livre I^{er}, assurent le respect de la liberté matrimoniale, ainsi que la protection juridique de la liberté d'association garantie par le titre I^{er} de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

Relèvent également du domaine réservé à l'État, le régime juridique du fichier national recensant les informations sur les incidents de paiement, tel que fixé par le code de la consommation, en ce qu'il a pour finalité de fournir des éléments d'appréciation de la solvabilité des personnes qui sollicitent un crédit et touche ainsi à la vie privée.

1-2. S'agissant du droit commercial, doivent lui être intégrées, outre le contenu du code de commerce (réserve faite des règles relatives aux juridictions commerciales), les règles de fond qui, bien que non codifiées ou ne portant pas sur une matière énumérée aux articles 21 et 22 de la loi organique statutaire, répondent à la définition de ce droit telle que ci-dessus rappelée (commerce électronique ; propriété industrielle).

Si le droit commercial a vocation, dans sa conception rénovée de « droit des affaires », à inclure les dispositions du code monétaire et financier autres que la réglementation de la monnaie non scripturale, la matière monétaire et financière est cependant exclue du transfert des compétences à la Nouvelle-Calédonie en application du 5° du I de l'article 21 de la loi organique statutaire qui vise « *la monnaie, le crédit, les changes, les relations financières avec l'étranger et le Trésor* ». Ce bloc de matières indissociables au regard de la finalité poursuivie de régulation et de transparence des secteurs concernés couvre le régime juridique des activités monétaires relevant du livre I^{er} de ce code, précisément relatif à la monnaie, à l'exception des effets de commerce dont la réglementation ne présente pas un caractère régalien, ainsi qu'aux activités financières relevant des cinq livres suivants dont les quatre premiers, relatifs aux produits financiers, aux services financiers aux marchés financiers et aux prestataires de ces services, sont indissociables des dispositions institutionnelles du livre VI d'encadrement, de surveillance et de contrôle en matière bancaire et financière dont ils empruntent la nature de matière réservée à la compétence de l'État. Échappent toutefois à ce bloc la réglementation, contenue dans le livre II, de l'épargne salariale, indissociable de la législation en matière de droit du travail dont la compétence a été transférée à la Nouvelle-Calédonie ainsi que celle du livre IV concernant les modes d'organisation par les investisseurs de la défense de leurs intérêts, qui relèvent d'initiatives privées.

Le bloc de matières du 5° du I de l'article 21 comprend également, conformément à l'avis d'assemblée générale du 10 juin 2010 (n° 384.124) relatif à la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie en matière de

réglementation et de tarification de certaines prestations bancaires, les mesures indissociables des chefs de compétence qu'il énonce, destinées à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection de l'épargne. Ces dispositions comprennent notamment l'encadrement du taux de l'intérêt mais non l'ensemble de la réglementation par le code de la consommation des contrats de crédits offerts aux consommateurs.

Enfin, le dispositif pénal qui accompagne celles des règles de nature civile ou commerciale réservées à la compétence de l'État obéit au même régime de compétence.

2 – Sur la seconde question

2-1. L'exigence de sécurité juridique auquel doit répondre le mode de définition du périmètre des matières transférées à la Nouvelle-Calédonie au titre du droit civil et du droit commercial et de celui des compétences réservées à l'État dans ces disciplines, implique de prendre en compte un certain nombre d'impératifs. Parmi ceux-ci figurent, tout d'abord, la recherche, dans toute la mesure du possible, de l'exhaustivité dans la rédaction de la loi du pays dès lors, notamment, que la loi organique statutaire procède par listes fermées des compétences de l'État et du territoire ; doivent être également recherchées la simplicité et la lisibilité du dispositif, en évitant de démultiplier les frontières entre matières transférables ou non, ainsi qu'un degré de précision rédactionnelle propre à éviter toute incertitude ou ambiguïté sur le contenu des matières en cause.

Ces objectifs ne peuvent être atteints qu'en recourant à une approche à la fois pragmatique et systématique qui conduit à privilégier une méthode de définition positive du périmètre des matières transférées, au demeurant conforme à celle retenue par la loi organique statutaire. N'est pas à exclure, pour autant, l'utilisation, à titre résiduel, de critères ou dispositifs d'exclusion du périmètre ainsi défini.

La définition positive du périmètre n'implique cependant pas de devoir dresser un catalogue détaillé de matières à transférer dès lors que peuvent être dégagées des références à des blocs de compétences doublement délimités, au plan textuel, par les grandes catégories de textes qui les régissent et, au plan matériel, par la classification structurée des matières qu'ils comportent.

Dans ces conditions, l'économie de la loi du pays pourrait résulter d'une double démarche : d'abord, l'énoncé d'une règle de principe par une référence de base propre à identifier le contenu du droit civil et du droit commercial, puis l'application d'un dispositif de rattachement ou, à l'inverse d'exclusion, du périmètre ainsi délimité.

2-2. La référence de base consisterait en un renvoi opéré au code civil, pour la matière civile, et au code de commerce, pour la matière commerciale, à travers les matières qui y sont régies, identifiées par référence à la structuration de ces codes et à leurs grandes rubriques. Dans la mesure où, à la différence du code de commerce, le code civil ne comporte pas de partie réglementaire, les règles du code civil régissant une matière devraient s'entendre comme incluant les dispositions réglementaires prises pour leur application.

À cette référence de base serait appliqué un double mécanisme de rattachement et d'exclusion, identique en son principe qu'il s'agisse du code civil ou du code de commerce, mais différencié dans sa mise en œuvre en considération de la vocation englobante du premier de ces codes considéré comme le code de droit commun.

Dans son principe, la technique de rattachement ou d'exclusion conduit à établir deux listes distinctes de matières. Le degré de précision qu'implique la modification de la délimitation de base par extension ou retranchement rend difficilement envisageable la référence à une disposition transversale résiduelle sur le modèle retenu par le dernier alinéa de l'article 6-2 de la loi organique statutaire pour les lois de souveraineté. Tout au plus, pourrait-elle être envisagée pour les dispositions de nature civile n'ayant fait l'objet d'aucune codification qui trouveraient ainsi un point d'ancrage au code civil en considération de sa nature de code de droit commun.

S'agissant de l'ordre à suivre dans la présentation des matières à rattacher ou à exclure, l'énumération des secondes suppose une détermination préalable des premières dans la mesure où les cas d'exclusion débordent le cadre des codes pour s'étendre à celui des disciplines qui leur sont rattachées. Il en est ainsi des matières réservées à la compétence de l'État dont, au demeurant, l'énumération n'appelle pas de liste spécifique dès lors que le retranchement est à opérer de la même manière quel qu'en soit le motif.

Pour son application au code civil, le dispositif ainsi présenté se traduirait par une première énumération des matières à rattacher au code civil en référence aux critères dégagés au paragraphe 1-1 du présent avis. Elle serait complétée par une seconde énumération listant les matières à exclure du code civil et des législations qui lui sont rattachées, cette énumération ayant en commun de ne comprendre que des compétences réservées à l'État.

Pour son application au code de commerce, le dispositif conduirait, de manière encore plus simple, à l'établissement, s'agissant du rattachement, d'une liste unique de matières établies en référence au critère dégagé au paragraphe 1-2 du présent avis sans que le caractère non codifié de la matière ait d'incidence, et, s'agissant de l'exclusion, à la seule référence à la réglementation de l'organisation et du fonctionnement des tribunaux de commerce.

Demande d'avis du président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie – Bioéthique – Répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie

■ **Section sociale – Avis n° 385.380 – 19 juillet 2011**

Le Conseil d'État (section sociale), saisi en application de l'article 206 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie par le président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et relative à la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie dans le domaine de la bioéthique,

Vu la Constitution, notamment son titre XIII ;

Vu la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;

Vu le code civil ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu la décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 du Conseil constitutionnel ;

Vu la délibération n° 228 du 13 décembre 2006 du congrès de la Nouvelle-Calédonie relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent, sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes :

Aux termes de l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée : « *I. - L'État est compétent dans les matières suivantes : / 1° Nationalité ; garanties des libertés publiques ; droits civiques ; régime électoral ; / […] II. - L'État est également compétent dans les matières suivantes […] : / […] 7° Enseignement supérieur et recherche ; / […] III. - L'État exerce également jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions prévues à l'article 26, les compétences suivantes : / […] 4° Droit civil, règles concernant l'état civil et droit commercial […] »* ; aux termes de son article 22 : *« La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes : / […] 4° Protection sociale, hygiène publique et santé, contrôle sanitaire aux frontières ; / […] 24° Établissements hospitaliers ; […]* ».

1. En l'état actuel de la répartition des compétences, il résulte de la combinaison de ces dispositions que l'État est compétent en matière de droit civil, d'état et de capacité des personnes, de garanties des libertés publiques et de recherche, tandis que la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière sanitaire. En application du principe de spécialité législative, l'État doit décider expressément d'étendre à la Nouvelle-Calédonie, en les adaptant le cas échéant, les règles qu'il a édictées au niveau national dans le domaine de la bioéthique pour les matières relevant de sa compétence, sauf à ce que ces règles puissent être regardées comme relevant de la catégorie des « lois de souveraineté » mentionnées à l'article 6-2 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée.

Dans sa décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001 sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, le Conseil constitutionnel a jugé que la compétence de la Polynésie française en matière de santé ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une compétence de l'État lorsque sont en jeu le droit des personnes et les garanties des libertés publiques, mais que « *la mise en œuvre de ces dispositions dans le domaine de la santé publique relève de la compétence du territoire* ». Compte tenu de la similitude de rédaction sur ce point entre la loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 portant statut d'autonomie de la Polynésie française alors applicable et la loi organique du 19 mars 1999 susvisée, cette interprétation est transposable à la Nouvelle-Calédonie.

Dans le domaine de la bioéthique, la Nouvelle-Calédonie est donc compétente pour fixer les règles d'ordre médico-technique, sous réserve que ces règles ne soient pas indissociables des normes de fond mettant en jeu le droit des personnes, les garanties des libertés publiques et la recherche, auquel cas il appartiendrait à l'État de les définir. Le caractère indissociable des règles d'ordre médico-technique et des normes de fond s'apprécie au regard de l'objet et de la finalité de chaque règle. Constituent des règles d'ordre médico-technique relevant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie, notamment, la définition des règles de bonne pratique pour la prescription et la réalisation des examens des caractéristiques génétiques à des fins médicales, la détermination des règles de bonne pratique pour le prélèvement, la préparation, la conservation, la distribution, le transport et l'utilisation des tissus, cellules et produits du corps humain utilisés à des fins thérapeutiques ou la fixation des régimes d'autorisation des établissements habilités à pratiquer ces activités de soins.

2. Lorsque le transfert de la compétence de l'État à la Nouvelle-Calédonie en ce qui concerne le droit civil aura été mis en œuvre dans les conditions fixées par l'article 26 de la loi organique du 19 mars 1999 susvisée, l'État ne demeurera compétent qu'en matière de libertés publiques et de recherche. Dans le domaine de la bioéthique, la compétence de droit commun alors exercée par la Nouvelle-Calédonie, tant en matière sanitaire que de droit des personnes, ne sera limitée que par les normes de fond fixées par l'État relatives à la recherche et aux garanties des libertés publiques, notamment les articles 16 à 16-9 du code civil sur le respect du corps humain, ainsi que par les règles de mise en œuvre de ces normes de fond qui en seraient indissociables et qu'il appartiendrait donc à l'État de définir.

Demande d'avis du président de la Polynésie française – Réglementation des notaires, des professions juridiques et judiciaires hors avocats – Répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française

■ **Section de l'intérieur – Avis n° 385.488 – 19 juillet 2011**

Le Conseil d'État (section de l'intérieur), saisi en application de l'article 175 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, d'une demande d'avis présentée au tribunal administratif de la Polynésie française, par le président de la Polynésie française et relative à la répartition des compétences entre la Polynésie française et l'État ;

Vu la transmission, en date du 20 juin 2011, enregistrée au secrétariat du Conseil d'État le 23 juin 2011, de la demande d'avis du président de la Polynésie française portant sur les questions suivantes :

1°) La Polynésie française est-elle compétente pour confier aux magistrats de l'ordre judiciaire un rôle dans la mise en œuvre de la réglementation des notaires et, plus largement, dans la réglementation des professions juridiques et judiciaires (hors avocat) ?

Dans la négative, faut-il en déduire que :
– les dispositions du projet de « loi de pays » portant refonte du statut du notariat, se référant aux magistrats de l'ordre judiciaire, empiètent sur la compétence de l'État en matière d'organisation judiciaire ;
– les dispositions du projet de « loi de pays » portant refonte du statut du notariat, confiant la discipline des notaires aux autorités judiciaires, sont contraires à la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française en tant que la profession de notaire relève de la compétence de la Polynésie française ?

2°) En cas de réponse négative à la première question, en raison de l'incompétence de la Polynésie française, celle-ci doit-elle conduire à :
– supprimer, dans son projet de réglementation, toute référence aux magistrats de l'ordre judiciaire,
– et solliciter de l'État l'extension, en Polynésie française, des règles nationales correspondantes issues du code national du notariat et l'adoption de règles spécifiques lorsqu'il n'y a pas d'équivalent national ?

Dans ce cas, cette demande doit-elle être présentée sous la forme d'une résolution de l'assemblée de la Polynésie française, comme prévu à l'article 133 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française ?

Vu la Constitution, notamment son article 74 ;

Vu la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, notamment ses articles 13, 14, 133 et 175 ;

Vu le code de l'organisation judiciaire ;

Vu la délibération n° 99-54 du 22 avril 1999 modifiée portant refonte du statut du notariat en Polynésie française ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Aux termes du premier alinéa de l'article 13 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française : « *Nonobstant toutes dispositions contraires, les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État par l'article 14, sous réserve des compétences attribuées aux communes ou exercées par elles en application de la présente loi organique.* »

Selon l'article 14 de cette loi : « *Les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes : […]/ 2° Garanties des libertés publiques ; justice : organisation judiciaire, aide juridictionnelle, organisation de la profession d'avocat, à l'exclusion de toute autre profession juridique ou judiciaire, droit pénal, procédure pénale, commissions d'office, service public pénitentiaire, services et établissements d'accueil des mineurs délinquants sur décision judiciaire, procédure administrative contentieuse […]* »

1 – Sur la première question

Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, si la Polynésie française est compétente pour réglementer la profession de notaire, elle ne l'est pas pour confier aux juridictions judiciaires ou à certains de leurs membres, qu'ils soient du siège ou du parquet, le soin de surveiller et de sanctionner les notaires et, plus largement, les membres des professions juridiques et judiciaires, autres que les avocats, afin d'assurer le respect, par ceux-ci, de leurs obligations professionnelles.

De caractère juridictionnel ou non, la participation des magistrats judiciaires au contrôle d'une profession se rattache en effet à l'organisation judiciaire, matière de la compétence de l'État. Cette matière, telle que régie essentiellement par le code de l'organisation judiciaire, dont le titre V du livre V est consacré à la Polynésie française, inclut d'ailleurs les règles de compétence matérielle des juridictions, y compris les cas d'intervention du ministère public comme partie principale ou comme partie jointe, et, par voie de conséquence, les attributions des magistrats du siège et du parquet dans la mise en œuvre de la réglementation des professions juridiques et judiciaires.

Il en est ainsi, au premier chef, au titre des fonctions juridictionnelles, de la mise en œuvre des règles disciplinaires, qu'il s'agisse de l'institution et des pouvoirs de la juridiction disciplinaire ou du régime de poursuites, à l'exception, d'une part, de la définition de la faute disciplinaire qui relève de la réglementation professionnelle et, d'autre part, des règles de procédure civile qu'il appartiendra au territoire, compétent en ce domaine, de prendre après l'exercice par l'État de ses propres compétences.

Il en est également ainsi, au titre des fonctions non juridictionnelles, de l'exercice par les magistrats ou juridictions judiciaires, de prérogatives décisionnelles, de pouvoirs de proposition ou encore de consultation, en particulier en matière de création d'offices notariaux, d'instruction des dossiers de nomination de notaires ou encore d'inspection ou d'honorariat.

2 – Sur la seconde question

2-1 – Il ne résulte pas pour autant de l'analyse ci-dessus opérée que le projet de loi du pays que la Polynésie française serait amenée à élaborer pour refondre le statut du notariat, ne puisse contenir aucune référence aux magistrats du siège comme du parquet pour participer à la mise en œuvre de la réglementation nouvelle. Ainsi, la simple désignation de ceux-ci comme destinataires d'informations professionnelles, exclusive de toute fonction particulière à remplir, ne relève pas de l'organisation judiciaire, mais participe de l'organisation d'une profession juridique qui ressortit, à l'exclusion de celle d'avocat, à la compétence de la Polynésie française en vertu de l'article 14 de la loi statutaire susvisée.

2-2 – La Polynésie française n'a pas l'obligation de saisir l'État aux fins qu'il exerce les compétences qui sont les siennes quant à la participation des magistrats de l'ordre judiciaire dans la mise en œuvre de la réglementation des notaires. Les dispositions applicables resteront alors celles de la délibération du 22 avril 1999 portant refonte du statut du notariat en Polynésie française.

Si la Polynésie française entend solliciter l'État pour lui voir prendre celles des dispositions de la réglementation de la profession de notaire qui revêtent le caractère de règles d'organisation judiciaire, il lui appartient, en principe, de recourir à la procédure de résolution prévue à l'article 133 de la loi statutaire susvisée, aux termes duquel : « *Dans les matières de la compétence de l'État, l'assemblée de la Polynésie française ou sa commission permanente peut adopter des résolutions tendant soit à étendre des lois ou règlements en vigueur en métropole, soit à abroger, modifier ou compléter les dispositions législatives ou réglementaires applicables en Polynésie française. / Ces résolutions sont adressées, selon les cas, par le président de l'assemblée de la Polynésie française ou de sa commission permanente au président de la Polynésie française et au haut-commissaire. Celui-ci les transmet au ministre chargé de l'outre-mer. / Les résolutions sont publiées au Journal officiel de la Polynésie française.* »

Aucune disposition du statut n'interdit cependant au président de la Polynésie française de saisir, sans forme particulière, le haut-commissaire de la République d'une demande d'intervention de l'État, aux fins de transmission de celle-ci au ministre chargé de l'outre-mer.

Dans l'un et l'autre cas, l'État reste libre d'apprécier la suite à réserver à ces demandes.

2-3 La réglementation étatique peut prendre la forme d'une extension des textes métropolitains avec, le cas échéant, les adaptations nécessaires ou la création de dispositions nouvelles propres à la Polynésie française. Celles des dispositions métropolitaines qui mettent en cause l'organisation judiciaire figurent en annexe au présent avis.

2-4 Dès lors que le futur statut du notariat de Polynésie française sera ainsi issu de deux sources, étatique et locale, son élaboration implique une concertation entre les autorités compétentes, pour assurer l'articulation des mesures retenues et la cohérence d'ensemble du dispositif.

7.10. Pouvoirs publics

Pouvoirs publics – Préfet – Compétence – Pouvoir d'évocation – Organisation des services déconcentrés

■ **Section de l'administration – Avis n° 385.953 – 13 décembre 2011**

Le Conseil d'État (section de l'administration), saisi par le ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, des questions suivantes :

1° Le pouvoir d'évocation du préfet de région, prévu à l'article 2 du décret du 29 avril 2004 modifié relatif au pouvoir des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements, s'applique-t-il dans les matières dans lesquelles la loi donne une compétence particulière au « *préfet* » ?

2° La question précédente appelle-t-elle une réponse différente selon que la loi donne compétence au « préfet », au « préfet de département », au « représentant de l'État » ou bien au « représentant de l'État dans le département » ?

Vu la Constitution, notamment ses articles 34, 37 et 72 ;

Vu le code de l'environnement ;

Vu le code de la santé publique ;

Vu la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 modifiée portant création et organisation des régions, notamment son article 21-1 ;

Vu la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 modifiée relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, notamment son article 34 ;

Vu le décret n° 97-34 du 15 janvier 1997 modifié relatif à la déconcentration des décisions administratives individuelles ;

Vu le décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 modifié relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations suivantes :

1°Aux termes de l'article 72 de la Constitution : « *Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.* »

Les pouvoirs dévolus respectivement au préfet de région et au préfet de département, représentants de l'État dans les collectivités territoriales de la République, sont définis, d'une part, par l'article 21-1 de la loi du 5 juillet 1972, aux termes duquel : « *I. – Le préfet de région, représentant de l'État dans la région…a la charge des intérêts nationaux, du respect des lois et, dans les conditions fixées par la loi, assure le contrôle administratif de la région et de ses établissements publics. /Il dirige les services de l'État à compétence régionale sous réserve des exceptions limitativement énumérées par un décret en Conseil d'État… »,* d'autre part, par l'article 34 de la loi du 2 mars 1982, aux termes duquel : *« I.-Le préfet de département, représentant de l'État dans le département.... À la charge des intérêts nationaux, du respect des lois, de l'ordre public et, dans les conditions fixées par la loi, assure le contrôle administratif du département, des communes et de leurs établissements publics qui ont leur siège dans le département. /Il dirige les services de l'État dans le département sous réserve des exceptions limitativement énumérées par un décret en Conseil d'État […]* »

Enfin l'article 2 du décret du 29 avril 2004, qui est un décret en Conseil d'État et en conseil des ministres, précise les conditions et limites du lien hiérarchique unissant les préfets de région et les préfets de département. Cet article dispose à cet effet : « *I. – Le préfet de région est le garant de la cohérence de l'action de l'État dans la région. Il a autorité sur les préfets de département, sauf dans les matières définies aux articles 10, 11 et 11-1. L'autorité du préfet de région sur les préfets de département ne peut être déléguée. / Le préfet de région est responsable de l'exécution des politiques de l'État dans la région, sous réserve des compétences de l'agence régionale de santé, ainsi que de l'exécution des politiques communautaires qui relèvent de la compétence de l'État. / À cet effet, les préfets de département prennent leurs décisions conformément aux instructions que leur adresse le préfet de région. / Le préfet de région peut également évoquer, par arrêté, et pour une durée limitée, tout ou partie d'une compétence à des fins de coordination régionale. Dans ce cas, il prend les décisions correspondantes en lieu et place des préfets de département. / II. – Les recours hiérarchiques contre les décisions des préfets de département et des préfets de région mentionnées au I sont adressés aux ministres compétents.* »

2° En ce qui concerne la détermination des autorités administratives de l'État pour la mise en œuvre des différentes politiques publiques, la loi doit, en principe, se borner à faire référence à « l'autorité compétente de l'État », la désignation précise de l'autorité compétente incombant au pouvoir réglementaire. Le Conseil constitutionnel considère, en effet, de façon constante, que la répartition des attributions et des compétences entre les diverses autorités administratives de l'État a un caractère réglementaire. Il n'en va autrement que dans le cas où cette répartition met en cause un principe ou une règle que l'article 34 a placés dans le domaine de la loi.

Dans tous les cas, cependant, que le législateur ait agi compétemment ou qu'il ait empiété sur la compétence du pouvoir réglementaire, dès lors que la loi a désigné « le préfet de département » ou « le représentant de l'État dans le département » pour exercer une compétence, cette détermination par le législateur fait obstacle, en ce qui concerne cette compétence, à l'exercice par le préfet de région du pouvoir d'évocation qu'il tient de l'article 2 du décret du 29 avril 2004. En effet, cet article n'a pas pour objet et ne saurait avoir pour effet d'autoriser l'administration à déroger, même temporairement, à l'ordre des compétences défini par le législateur. Il appartient seulement au Gouvernement, s'il estime que le législateur a excédé sa compétence en adoptant des dispositions à caractère réglementaire, de demander au Conseil constitutionnel le déclassement des dispositions en cause selon la procédure prévue au second alinéa de l'article 37 de la Constitution.

3° Lorsque la loi a désigné « le préfet de département » ou « le représentant de l'État dans le département » pour l'exercice d'une compétence déterminée, cette qualification commande, en principe et sauf dispositions législatives contraires, l'ensemble des phases de la même procédure. Dans cette hypothèse, le mot « préfet » mentionné dans un autre texte pour l'exercice d'un pouvoir à un autre stade

de la même procédure doit être interprété comme renvoyant à l'autorité précisément désignée par le législateur.

Tel est naturellement le cas, lorsqu'est en cause la règle du parallélisme des compétences. Il en va ainsi, par exemple, en matière de plan de chasse : si la suspension d'un plan de chasse est prononcée par le « préfet » en vertu de l'article L. 425-10 du code de l'environnement, lorsque l'équilibre agro-sylvo-cynégétique est perturbé ou menacé, ce pouvoir incombe au seul préfet de département, dans la mesure où la mise en œuvre du plan de chasse est confiée par ailleurs au « représentant de l'État dans le département » par l'article L. 425-8 du même code.

Tel est également le cas, lorsque les actes en cause relèvent d'une même action administrative intéressant les mêmes usagers ou une même catégorie d'usagers. Il en va ainsi par exemple en matière de lutte contre l'amiante : le « représentant de l'État dans le département » a compétence pour prescrire aux propriétaires ou aux exploitants d'immeubles bâtis la mise en œuvre des mesures nécessaires ou la réalisation d'une expertise en vertu de l'article L. 1334-15 du code de la santé publique, le « représentant de l'État » ayant compétence pour réaliser des repérages et diagnostics ou fixer un délai pour la réalisation de mesures conservatoires, en vertu de l'article L. 1334-16 du même code. La compétence incombe, dans les deux hypothèses, au seul préfet de département.

Ce mode d'interprétation ne saurait cependant prévaloir en dehors du contexte particulier, qui vient d'être exposé, d'une même procédure et être appliqué à des procédures voisines, y compris lorsqu'elles relèvent de la même législation.

Ainsi, s'agissant des procédures d'autorisation du régime des installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE), il y a lieu de distinguer la compétence d'autorisation des installations d'élevage, confiée au « représentant de l'État dans le département » par l'article L. 512-2-1 du code de l'environnement et la compétence relative aux installations classées autres que les bâtiments d'élevage, qui est assurée par le « préfet » en vertu des articles L. 512-1 et L. 512-2 du même code. Dans le cas des installations d'élevage, le pouvoir d'autorisation ne peut être évoqué par le préfet de région, puisque le législateur a expressément désigné le préfet de département comme titulaire de ce pouvoir. Cependant la détermination opérée par le législateur ne concerne que les actes intéressant ces installations agricoles et non l'ensemble des installations classées.

4° Lorsque, comme pour les installations mentionnées à L. 512-2 du code de l'environnement, la loi mentionne « le préfet » pour l'exercice d'une compétence, le législateur doit être regardé comme ayant laissé au pouvoir réglementaire, comme il lui appartient normalement de le faire, le soin de désigner l'autorité administrative compétente, c'est-à-dire, de façon générale, hors les cas particuliers du préfet de police et du préfet de zone de défense et de sécurité nationale, le préfet de département ou le préfet de région.

a) S'agissant des décisions administratives individuelles, la détermination de l'autorité compétente résulte des règles générales et des exceptions définies par les articles 1er et 2e du décret du 15 janvier 1997 : sauf disposition dérogatoire résultant d'un décret en Conseil d'État attribuant la compétence au ministre, au préfet de région ou à une autre autorité administrative, ces décisions sont prises par « le préfet », c'est-à-dire par le préfet de département.

b) S'agissant des autres décisions, il convient de se référer aux textes réglementaires particuliers régissant la matière en cause pour déterminer l'autorité préfectorale compétente. Si ces textes sont eux-mêmes ambigus et se bornent à désigner « le préfet » sans plus de précision, il est nécessaire, alors, de se référer à l'article 2 du décret du 29 avril 2004, aux termes duquel : « *Le préfet de région est responsable de l'exécution des politiques de l'État dans la région… les préfets de département prennent leurs décisions conformément aux instructions que leur adresse le préfet de région… Le préfet de région peut également évoquer, par arrêté, et pour une durée limitée, tout ou partie d'une compétence à des fins de coordination régionale. Dans ce cas, il prend les décisions correspondantes en lieu et place des préfets de département.* » Cette disposition, il est vrai, fixe seulement le principe d'une autorité hiérarchique des préfets de région sur les préfets de département et n'énonce pas une règle générale de répartition des compétences attribuant aux préfets de département la compétence de droit commun. Toutefois, en ce qu'elle prévoit que les préfets de département prennent leurs décisions conformément aux instructions que leur adresse le préfet de région, elle fournit une règle subsidiaire d'interprétation : en l'absence de précision dans la loi ou dans le décret régissant une compétence particulière, la mention du « préfet » doit être regardée comme renvoyant au préfet de département le soin de prendre les décisions en cause dans le cadre des instructions du préfet de région.

Cependant dans les deux cas examinés aux a) et b) ci-dessus et dans les matières autres que celles prévues aux articles 10, 11 et 11-1 du décret du 29 avril 2004, la compétence est susceptible d'être évoquée par le préfet de région.

Études, débats, partenariats européens et internationaux

1. Rapports et études

Parmi les missions qui incombent au Conseil d'État, la conduite d'études, qu'elles soient strictement juridiques ou qu'elles relèvent plus largement du domaine de la science administrative et politique, occupe une place importante. Elle procède de dispositions du code de justice administrative, mais aussi d'une double volonté du Conseil d'État de participer aux travaux de recherche en droit et gestion publique et d'être ouvert aux préoccupations de la société civile.

En vertu des dispositions de l'article L. 112-2 du code de justice administrative (CJA), « *le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou les ministres sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* ». Les saisines du Premier ministre sont parfaitement illustratives de la fonction consultative du Conseil d'État. Elles livrent une réflexion approfondie sur des sujets très variés dans le domaine du droit administratif en vue d'éclairer suffisamment en amont l'orientation de grandes politiques publiques : l'urbanisme et l'environnement (*Le droit de préemption*, 2008), la bioéthique (*La révision des lois de bioéthique*, 2009), les alternatives à la judiciarisation de la société (*Les recours administratifs préalables obligatoires*, 2009, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, 2010), l'organisation institutionnelle et administrative (*Les établissements publics*, 2010)…

Les études sont élaborées au sein de groupes de travail spécialement constitués autour de membres du Conseil d'État avec le concours de personnalités extérieures (universitaires, praticiens du droit, représentants des administrations…), dont la composition garantit à la fois un haut niveau d'expertise et une confrontation suffisante de points de vue. Ces groupes définissent librement leur méthode d'approche du sujet, l'expérience montrant que leur rapport final détermine en fait très largement l'analyse et les propositions en définitive retenues par le Conseil d'État dans l'étude remise au Premier ministre. Publiées à La Documentation française, ces études sont une source d'information synthétique et de réflexion prospective propre, le cas échéant, à éclairer et à enrichir le débat public.

En vertu des dispositions de l'article L. 112-3 du CJA, *« le Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général »*. Chaque année, le rapport thématique de l'Institution aborde un thème porteur d'enjeux majeurs pour la société civile, pour lequel il opère la synthèse de l'état du droit, analyse l'impact des réglementations et formule des propositions utiles à la mise en œuvre des politiques publiques. Après avoir successivement abordé la question du *Droit au logement, droit du logement* en 2009 puis celle de *L'eau et son droit* en 2010, le Conseil d'État a proposé en

2011 l'analyse des modalités d'association du citoyen au débat public dans son rapport *Consulter autrement, participer effectivement*[1]. Le rapport ne s'est pas limité à l'analyse des procédures administratives, mais s'est efforcé d'enraciner les problématiques qu'il a soulevées dans les travaux de recherche en droit et en science politique et administrative qui ont porté sur les moyens de remédier à la crise de représentativité dans notre société contemporaine.

1.1. L'étude *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen*

L'assemblée générale plénière a approuvé, le 24 février 2011, l'étude intitulée *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen*. Portant sur l'institution d'un Parquet européen et sur l'ensemble des problèmes d'articulation de celui-ci avec le Parquet national, la demande d'étude mérite tout particulièrement d'être soulignée dès lors que, même si le Conseil d'État a été formellement saisi par le Premier ministre, ce dernier lui a transmis une demande initialement formulée par le président de l'Assemblée nationale, à laquelle le président de la commission des affaires européennes du Sénat a souhaité à son tour s'associer. Cette démarche commune souligne les nouvelles fonctions consultatives du Conseil d'État tournées désormais également vers le Parlement, notamment depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

Articulée en trois parties, respectivement intitulées « La difficile genèse du Parquet européen », « Pour quels motifs instituer un Parquet ? Sous quelle forme et dans le respect de quelles contraintes juridiques ? » et « Les implications en droit national de l'institution d'un Parquet européen », l'étude présente des propositions très concrètes en matière de saisine du Parquet européen, des procédures d'enquête, de l'exercice des poursuites devant les juridictions compétentes et des voies de recours susceptibles d'être mises en œuvre à l'encontre des actes de ce Parquet.

Même si l'institution concrète du futur Parquet européen semble peu prévisible à court terme, le sujet traité revêt une actualité et une acuité certaines. De nombreux événements intervenus sur la scène internationale ont en effet accéléré très substantiellement l'institution du mandat d'arrêt européen. En cette matière qui touche non seulement à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, mais également à la grande criminalité au-delà des frontières (terrorisme organisé, blanchiment de capitaux, traite des êtres humains, fausse monnaie en euro…), la réaction pénale doit être tout à la fois rapide, efficace et parfaitement coordonnée avec l'ensemble des États membres. Tel est particulièrement le cas

1 - Collection *Les rapports du Conseil d'État* à La Documentation française, 2011.

en période de crise économique marquée favorisant le développement considérable d'une délinquance financière et fiscale transfrontière, notamment du type « carrousel de TVA ».

Le Conseil d'État s'est appuyé tout à la fois sur le rapport du groupe de travail présidé par le Procureur général de la Cour de cassation, sur les travaux du professeur Mireille Delmas-Marty, ainsi que sur une réflexion collective entre des représentants de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour de cassation et de l'ensemble des départements ministériels intéressés.

L'étude a rapidement connu des suites positives de la part du Parlement puisque, dès le 10 août 2011, l'Assemblée nationale a adopté une résolution invitant les institutions de l'Union européenne à accélérer le processus de création de ce Parquet européen et a souhaité que l'activité de ce dernier privilégie la lutte contre la grande criminalité transfrontière. Aux fins de l'élaboration de cette résolution, le délégué au droit européen de la section du rapport et des études, qui présidait le groupe d'étude du Conseil d'État, a été auditionné, parmi d'autres personnalités, par la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale et par celle du Sénat.

Cette étude du Conseil d'État a été traduite en langue anglaise, permettant ainsi une large diffusion au sein de l'Union européenne.

1.2. Le rapport thématique *Consulter autrement, participer effectivement*

Le choix du thème du rapport thématique pour 2011 marque le retour, après deux études approfondies consacrées en 2009 et 2010 à des politiques publiques sectorielles (le logement et la politique de l'eau), à une question transversale centrée sur le renouvellement des procédures préalables à la décision et intéressant l'ensemble de l'activité de l'administration comme cela avait été le cas, en 2008, avec le thème sur le contrat comme mode d'action publique.

Le Conseil d'État a estimé qu'une interrogation générale sur les modifications des relations entre l'administration et ses interlocuteurs est, dans un nouveau contexte social et technologique, nécessaire. Il a considéré que le temps était venu d'étudier, au-delà de la sempiternelle question du « mille feuilles » consultatif, les potentialités de nouvelles formes de consultation publique préalables à la décision qui, dans un contexte politico-institutionnel très évolutif, ont de plus en plus cours mais dont la pertinence en termes de régulation de la décision publique n'ont jamais été réellement étudiées. Au vu du foisonnement des expériences et des incertitudes qui affectent leur contenu, une analyse ordonnée et une réflexion prospective s'imposent.

Le sujet invite donc, d'une part, à l'analyse de la pertinence des organes consultatifs, des procédures afférentes, de leur formalisme, des conséquences juridiques

que l'on a pu en tirer et, d'autre part, à la découverte de nouvelles formes consultatives, plus ouvertes et interactives.

L'étude du Conseil d'État ne se limite pas à l'analyse des procédures consultatives, mais s'interroge sur les moyens de remédier à la crise de représentativité dans notre société contemporaine. Elle s'efforce de tester la crédibilité des nouveaux critères de légitimité qui fondent la décision publique. Enfin, elle permet de dessiner les traits d'une nouvelle figure de l'administration que le Conseil d'État appelle de ses vœux : une administration qualifiée de « délibérative » parce qu'elle cherche à mettre en place de nouvelles procédures, caractérisées par la transparence, l'ouverture, le débat, l'itération et le compte rendu.

Par leur réflexion sur la consultation et leur incidence sur notre modèle d'administration, ces considérations générales s'inscrivent ainsi dans la nécessaire démarche de réforme de l'État à laquelle elles apportent leur contribution.

Le champ de l'étude est délibérément large. Les analyses proposées par le rapport concerneront donc les procédures préalables à toute décision publique quel que soit le niveau où elle est prise, sans les limiter à l'administration de l'État. Le rapport pourra d'ailleurs assez souvent tirer profit de procédures spécifiques aux collectivités territoriales. Une seule restriction est opérée : celle portant sur la procédure préalable aux décisions individuelles qui soulève des difficultés de nature différente.

La réflexion proposée s'est développée en trois temps : les progrès et limites de l'administration consultative ; les références et principes directeurs de nouvelles formes de consultation ; le choix d'une « administration délibérative » : propositions pour mieux fonder la légitimité de la décision. Le « consulter autrement » et le « participer effectivement » révèlent l'exigence d'une « administration délibérative » tendue vers les objectifs de clarté et de loyauté de la procédure et du débat.

Le souci d'efficacité de « l'administration délibérative » ne contredit pas la démarche engagée de *révision générale des politiques publiques* (RGPP), mais ne doit pas non plus se confondre avec elle. Il débouche sur une démarche de révision générale des *procédures publiques de consultation et de participation* destinée à assurer dans la durée la qualité des prestations administratives et la responsabilité des acteurs quels qu'ils soient : décideurs politiques, administrateurs et interlocuteurs de la société civile.

Au-delà de ses qualifications particulières, dont l'opposition peut paraître parfois artificielle, la démocratie est une, faisant de la pratique administrative le prolongement naturel de la responsabilité publique. C'est dans cet esprit que consulter autrement peut effectivement permettre à l'administration d'assurer à chacun une participation plus concrète et efficace et aider à répondre à la question : « comment se préparer plus efficacement au nécessaire et constant mouvement de réforme de la société et de l'État ? » L'importante réflexion du Conseil d'État menée dans le cadre de son rapport annuel a fait l'objet d'un colloque qui s'est tenu le 20 janvier 2012 en présence de plus de 200 personnes.

2. Colloques et conférences

2.1. La diversité des colloques

Le Conseil d'État a organisé 17 manifestations en 2011, dont deux colloques de l'Institut français des sciences administratives (IFSA). Il a également apporté sa contribution scientifique à un colloque organisé par la Société de législation comparée [1] ainsi qu'à une journée d'étude organisée par le Centre de recherche en droit constitutionnel [2]. Ces manifestations qui ont recensé, au total, près de 3 000 inscriptions, ont réuni plus de 2 000 participants.

Trois conférences ont clôturé le cycle du *Droit européen des droits de l'homme*, ouvert en 2010 et organisé au Conseil d'État en partenariat avec la Cour européenne des droits de l'homme. Au total, les six conférences du cycle auront réuni près d'un millier de participants en 2010 et 2011. Les quatre dernières conférences du cycle sur *La démocratie environnementale*, également ouvert en 2010, ont eu lieu au Palais Royal en 2011. Les six conférences du cycle auront pour leur part réuni au total quelques 650 participants depuis 2010.

Les *Entretiens du Conseil d'État* ont donné lieu à deux manifestations, dans le domaine du droit social, sur le thème *Fraudes et protection sociale*, en partenariat avec la direction de la sécurité sociale et l'École nationale supérieure de sécurité sociale, et en droit public économique sur le thème de *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques.*

Enfin, un colloque organisé sur le thème de l'étude du Conseil d'État *Les développements de la médiation* a réuni 200 participants à la chambre de commerce et d'industrie de Paris.

Les deux colloques de l'IFSA ont abordé les thèmes de *L'administration et les femmes* et de *L'action de l'État en mer : permanence et évolutions.* Le premier, à dominante historique, a été organisé en partenariat avec l'École pratique des hautes études en sciences sociales. Cette rencontre était destinée à retracer les évolutions ayant permis de lever progressivement les obstacles juridiques et culturels à l'accès des femmes aux carrières administratives. Le second colloque était consacré aux évolutions récentes de la coordination de l'action de l'État en mer et a réuni des personnalités civiles et militaires intervenant dans ce secteur

1 - « Les SIEG et le marché intérieur : modèles nationaux et cadre juridique européen », 14 octobre 2011, Conseil d'État.
2 - « L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État », 1er avril 2011.

d'activité. Il a permis notamment de faire le point, dans une perspective européenne, sur la mise en place d'une fonction garde-côtes. Chacun de ces deux colloques a regroupé une centaine de participants.

Sur le thème du rapport thématique 2010 du Conseil d'État, un colloque sur *L'eau en France : quels usages et quelle gouvernance ?*

Le Conseil d'État a ouvert son programme de colloques par une manifestation organisée au Conseil économique, social et environnemental (CESE) le 19 janvier 2011. L'objet de ce colloque était de mettre en débat les analyses et les propositions contenues dans son rapport thématique 2010 *L'eau et son droit*[3], de prolonger les nombreuses publications d'avis du CESE sur la question de l'eau, puis de faire réagir les acteurs et les différentes parties prenantes sur ce thème.

Pour éviter une trop grande dispersion sur ce sujet aussi riche que vaste, les débats se sont concentrés sur deux grandes thématiques : l'eau, ses usages et ses usagers d'une part, et la gouvernance de l'eau d'autre part. Les débats sur le premier thème ont concerné deux sujets : « eau et alimentation » et « eau et ville ». Les échanges sur le second thème ont été consacrés au sujet plus transversal de la gouvernance, abordé sous deux angles : celui du niveau territorial optimal pour la gestion de la ressource en eau et celui de l'existence, de la pertinence et de la valorisation du modèle français de la gestion de l'eau.

Le colloque a réuni 230 personnes, parlementaires, praticiens du droit, professionnels de l'eau ou représentants des professions concernées par cette thématique (agricoles, industriels, producteurs d'énergie), gestionnaires de services des collectivités territoriales, membres des administrations de l'État en charge de proposer la politique de l'eau et de contrôler l'application du droit de l'eau, membres de grands établissements publics chargés de mettre en œuvre à un titre ou à un autre la politique et le droit de l'eau, représentants de grandes associations du secteur que ce soit dans le domaine de l'environnement ou de la consommation et, enfin, membres des grandes instances décisionnelles (agences de l'eau…) ou consultatives (Comité national de l'eau…). Il a été clôturé par la ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement.

3 - *L'eau et son droit*, rapport thématique 2010 du Conseil d'État (considérations générales), collection « Les rapports du Conseil d'État », la Documentation française, 2010.

Sur le thème de l'étude du Conseil d'État : *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*

Dans son étude de 2010[4], le Conseil d'État proposait au Gouvernement un ensemble de règles et de mécanismes pour améliorer la qualité et l'efficacité de la médiation en France. Un colloque portant sur le thème plus général *Les développements de la médiation*, organisé le 4 mai 2011 à la chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP), a prolongé cette réflexion.

Quelles perspectives pour le développement de la médiation en France ? Les débats se sont intéressés aux différents types ou processus de médiation, à leur portée et à leurs limites, ainsi qu'à leur articulation avec les autres modes alternatifs de règlement des différends. Ils se sont poursuivis par l'examen de processus spécifiques de médiation dans des secteurs particuliers : le domaine bancaire, financier et de la consommation ainsi que celui du droit social.

Les débats ont réuni 200 participants autour de représentants de l'ensemble des acteurs concernés : Commission européenne, membres du Conseil d'État, conseillers à la Cour de cassation, professeurs d'université, représentants de ministères, Médiateur national du crédit, président de la Commission de la médiation, de la consommation, de l'Institut national de la consommation, président de chambre au Conseil des prud'hommes de Paris, représentants du monde syndical, vice-président de la CCIP.

L'intégralité des actes de ce colloque sera publiée au premier semestre 2012 dans la collection *Droits et Débats* (voir *infra*).

Les Conférences du Conseil d'État : la clôture des *cycles de conférences sur le droit européen des droits de l'homme* et sur *la démocratie environnementale*

■ Le Conseil d'État a lancé en 2010 un cycle de conférences consacré au droit européen des droits de l'homme, qui s'est tenu au Palais Royal jusqu'en juin 2011. Trois des six conférences du cycle se sont tenues en 2011 et ont été l'occasion de réunir 450 participants et 26 personnalités de la Cour européenne des droits de l'homme, du Conseil d'État, mais également de la Cour de justice de l'Union européenne, de la Cour de cassation, du Conseil constitutionnel, de l'université, du barreau et de l'administration.

4 - *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne,* collection « Les études du Conseil d'État », La Documentation française, 2010.

Les débats auront permis d'aborder les thématiques suivantes, sur l'ensemble du cycle : *le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme* (19 avril 2010), *le droit au recours et la procédure devant la CEDH* (28 juin 2010), *les interférences entre les sources de droit européen et les influences croisées entre la CJUE et la CEDH* (18 octobre 2010), *les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité* (24 janvier 2011*), le droit européen de la détention et son influence sur le droit national* (28 mars 2011), *le droit européen de la propriété et son influence sur le droit national* (27 juin 2011).

L'intégralité des actes a été publiée en décembre 2011 dans le premier tome de la nouvelle collection du Conseil d'État à La Documentation française, *Droits et Débats* (voir *infra* page 359).

■ Dans le prolongement de ce cycle, la section du rapport et des études a organisé au Conseil d'État une rencontre entre le président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme et Jean-Paul Costa, qui avait quitté quelques jours auparavant ses fonctions de président de la Cour européenne des droits de l'homme. Les débats, qui se sont tenus sous la forme de *Regards croisés sur la protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen et dans le cadre interaméricain*, ont été modérés par Robert Badinter, avocat, ancien ministre de la justice.

■ Le cycle de conférences consacré à la démocratie environnementale s'est construit sur le thème général de la démocratie participative qui trouve en matière environnementale un terrain d'élection. Les six conférences du cycle ont permis de dresser le bilan des sources de la démocratie participative et de mettre au débat les questions juridiques soulevées par l'émergence d'une citoyenneté administrative et les procédures de participation du public.

En 2011, les quatre dernières conférences du cycle ont rassemblé 450 participants sur les thèmes : *L'enquête publique aujourd'hui* (2 mars 2011), *La procédure du débat public 15 ans après la loi Barnier* (27 avril 2011), *Le droit à l'information environnementale est-il effectif ?* (1er juin 2011) et, en clôture du cycle, *L'étude d'impact et l'évaluation environnementale suivies d'un regard rétrospectif sur le cycle de conférences* (23 novembre 2011).

L'intégralité des actes sera publiée dans la collection *Droits et Débats* au premier semestre 2012 (voir *infra* page 359).

Les Entretiens du Conseil d'État : la poursuite des cycles en droit social et en droit public économique

■ Le second Entretien du Conseil d'État en droit social s'est intéressé à la thématique *Fraudes et protection sociale*. Ce colloque est né de l'interrogation du Conseil d'État face à l'afflux de textes sur ce sujet, et de la constatation que le contexte du phénomène de la fraude sociale était insuffisamment connu. Le premier objectif de ce colloque, qui s'est tenu au Conseil d'État le 11 février 2011, a été de rassembler les informations sur les données nationales et de rapprocher les praticiens et les juristes. Le second objectif a été d'adopter à la fois une approche concrète de la question dans certaines branches de la sécurité sociale et une approche transversale propice à une vue d'ensemble.

La première table ronde, organisée sur le thème *Finalité, légitimité et modes d'action de la lutte contre la fraude dans le domaine de la protection sociale* a été l'occasion d'une approche méthodologique définissant tout d'abord les termes et établissant une typologie des fraudes avant d'examiner la pertinence des outils de lutte contre la fraude. La deuxième table ronde s'est intéressée à *La fraude aux cotisations,* un sujet classique qui a des implications nouvelles à l'égard des entreprises. Elle a abordé, sous l'aspect juridique, la question de la fraude aux recouvrements des cotisations. Une mise en perspective du contentieux récent en la matière a également permis de retracer l'évolution de la lutte contre la fraude et de préciser les obligations et les droits des entreprises contrôlées. Enfin, la troisième table ronde a traité le sujet de *La fraude aux prestations familiales, au RSA, et aux prestations de santé : différences et similitudes*, en adoptant une approche comparative entre la lutte contre la fraude aux prestations familiales et celle aux prestations de santé, afin de bien en mesurer l'importance, les effets qu'elles provoquent et les moyens de les combattre.

Cet Entretien a réuni 200 participants au Conseil d'État dont de nombreux cadres de la sécurité sociale, des élèves et anciens élèves de l'École au titre de leur formation continue.

■ L'Entretien du Conseil d'État en droit public économique sur le thème de *La valorisation économique des propriétés des personnes publiques* s'est tenu le 6 juillet 2011 à l'École nationale d'administration. Si le domaine public a longtemps été perçu comme un bien improductif, insusceptible de procurer des revenus à son propriétaire, l'administration revendique aujourd'hui sa valorisation, y compris financière, en témoignage de sa bonne gestion. Partant de ce constat, le Conseil d'État s'est interrogé sur la possibilité de concilier la volonté de protéger le domaine public et la démarche, aujourd'hui pleinement revendiquée par les pouvoirs publics, de le valoriser économiquement. L'Entretien a été l'occasion de faire le point sur les outils juridiques mis à disposition des collectivités publiques pour valoriser leur patrimoine, sur leur intérêt et sur leurs limites. Plus particulièrement, la question des cessions des biens relevant du domaine public, prévues à titre dérogatoire entre collectivités publiques, a ouvert des débats animés entre les praticiens du droit, l'université, l'administration, les juges et plus de 250 participants.

L'intégralité des actes de ce colloque sera également publiée dans la collection *Droits et Débats* au premier semestre 2012.

Afin de prolonger la réflexion sur ce sujet de vive actualité, un nouveau colloque, suivi d'une nouvelle publication, sera consacré à la question essentielle et nouvelle du *patrimoine immatériel des personnes publiques*, le 16 mars 2012, à l'École nationale d'administration.

Une rencontre entre le Conseil d'État et la Cour de cassation : le colloque *Santé et justice : quelles responsabilités ?*

Il s'agit d'une première initiative des deux cours suprêmes sur une thématique abordée récemment par les deux institutions – le rapport 2005 du Conseil d'État sur *Responsabilité et socialisation du risque* et le rapport 2007 de la Cour de cassation sur *Le droit de la santé*. Organisé conjointement par la Cour de cassation et le Conseil d'État, le colloque s'est déroulé sur deux jours, les jeudi 20 et vendredi 21 octobre 2011, en la Grand'Chambre de la Cour de cassation puis en salle d'assemblée générale du Conseil d'État.

Les débats ont permis d'évoquer des enjeux partagés sur un thème de forte actualité politique et juridique, dix ans après le vote de la loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé. Plus qu'une occasion d'échanges et de réflexions à l'initiative des deux cours suprêmes, cette rencontre a permis d'aborder les difficultés auxquelles se heurtent tant les juridictions civiles que les juridictions administratives dans l'évaluation de la responsabilité médicale, y compris en ce qui concerne le volet pénal, et de signaler les convergences et les divergences de leurs jurisprudences en évoquant les pistes de rapprochement pour l'avenir.

Plusieurs thématiques générales ont été identifiées pour une approche à deux voix : la responsabilité des professionnels et des établissements de santé, les modes de réparation et voies d'indemnisation des préjudices, les recours ouverts aux patients et le rôle des différents acteurs concernés.

Dans la veine de ces pistes de réflexion, sept table rondes ont été constituées sur les thèmes : *la réparation du dommage médical : Responsabilité ou solidarité ?* (table 1), *Débats autour de la causalité* (table 2), *Le risque pénal et disciplinaire* (table 3), *L'indemnisation des préjudices* (table 4), *L'information relative à la santé* (table 5), *Le rôle de l'expert médical* (table 6) et *Le juge face aux enjeux de santé publique* (table 7).

Les intervenants ont été sollicités parmi les magistrats administratifs et judiciaires, les mieux à même de présenter et de commenter l'évolution de leurs jurisprudences en matière de responsabilité et de présenter les difficultés que pose ce type de contentieux. Des universitaires, des professionnels de santé, des représentants de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux et des assureurs ont également été associés aux débats afin de bénéficier de leur regard scientifique et technique sur le thème.

Les actes du colloque seront publiés à La Documentation française dans la collection *Droits et Débats* en 2012.

2.2. Les actes des colloques : *Droits et Débats*, la nouvelle collection du Conseil d'État à La Documentation française

Le Conseil d'État a pris l'initiative en 2011 d'une nouvelle collection, intitulée *Droits et Débats,* qui a pour ambition de restituer, par une série d'ouvrages consacrés aux manifestations du Conseil d'État, la richesse des débats que l'Institution engage avec la doctrine, les praticiens du droit, l'administration, les experts, les associations représentatives et les partenaires économiques et sociaux.

En concevant cette collection, la section du rapport et des études du Conseil d'État a souhaité offrir une publication rassemblée et cohérente des échanges pluridisciplinaires qu'elle organise. Chaque ouvrage restitue, comme c'est le propos d'une collection d'actes, l'intégralité d'interventions qui dressent le bilan de la théorie et de la pratique juridiques, et contribuent ainsi à la compréhension des enjeux juridiques, économiques et sociaux soumis au débat.

L'intérêt de la publication réside aussi dans la valorisation des contenus des débats, par l'insertion systématique des références citées par les intervenants (textes, jurisprudence…) et par la sélection d'une documentation synthétique propres à en faciliter la lecture et la compréhension. Les actes s'enrichissent enfin le plus largement possible des notices biographiques des intervenants, d'index et de sélections bibliographiques. Chaque ouvrage propose enfin de rendre compte des échanges qui ont lieu, par le jeu direct des questions-réponses, entre les intervenants et les participants des colloques et conférences.

Le comité de rédaction de la collection *Droits et Débats* est présidé par Olivier Schrameck, président de la section du rapport et des études du Conseil d'État. Le secrétariat de la section du rapport et des études assure la conception et la réalisation des ouvrages.

Le premier ouvrage de la collection, paru au mois de décembre 2011, est consacré aux actes du cycle des six conférences réalisées par le Conseil d'État en étroite collaboration avec la Cour européenne des droits de l'homme sur le thème du droit européen des droits de l'homme.

Il sera rapidement suivi au premier semestre 2012 par la publication d'un volume consacré aux actes du colloque sur la médiation, puis d'un ouvrage sur le thème de la valorisation économique des propriétés des personnes publiques, d'une publication du recueil d'un cycle de conférences sur la démocratie environnementale et, enfin, de celle des actes du colloque *Santé et justice : quelles responsabilités ?* Les autres événements organisés par le Conseil d'État, déjà intervenus ou à venir, donneront l'occasion d'enrichir cette nouvelle collection.

3. Relations européennes et internationales

3.1. La mission d'expertise juridique en droit européen

La réponse aux questions de droit

Traditionnellement, la délégation au droit européen de la section du rapport et des études est saisie de très nombreuses questions portant notamment sur les thèmes suivants : outre les problèmes techniques ou rédactionnels relatifs à la transposition des normes communautaires, nombreuses sont les questions qui ont porté sur l'orthodoxie de la technique de transposition, par recopie, par référence ou par renvoi, ou encore sur l'acception du concept de « directive d'harmonisation maximale ».

Au-delà de ces questions désormais très classiques, le nombre de questions juridiques posées annuellement à la délégation s'est stabilisé à un rythme très soutenu d'environ 1 200. Toujours aussi diversifiés sont les organismes, administrations ou autres institutions à la saisir. La nature et la portée de ces questions impliquent souvent un niveau de complexité élevé des réponses qu'elles appellent, ainsi que des recherches et travaux nécessaires à cet effet. Cette évolution n'est que la traduction de l'incidence croissante du droit de l'Union européenne (UE) sur le droit national.

Les foyers de questions classiques sont désormais bien identifiés. En premier lieu, l'acception qu'il y a lieu de conférer au concept de « norme technique », au sens de la directive n° 98/34 du 22 juin 1998 et les conséquences qui s'infèrent d'un défaut d'information préalable de la Commission européenne, c'est-à-dire l'inopposabilité aux tiers de la mesure. En deuxième lieu, la qualification juridique des aides d'État et les obligations procédurales en résultant, essentiellement la notification préalable à la Commission européenne, sous peine de nullité de la mesure continuent de poser problème. En effet, alors que se poursuit la crise financière et que la Commission européenne multiplie les encadrements normatifs informels destinés à en prévenir la récurrence, certains mécanismes dérogatoires exceptionnels figurant dans deux des quatre projets de loi de finances rectificatives de l'année 2011 ont provoqué de multiples saisines de la délégation au droit européen : par exemple, le point 53 de la communication de la Commission 2008/270/02, à savoir l'obligation d'une notification complète des aides octroyées dans le cadre du sauvetage du secteur des établissements de crédit est-il applicable dans une hypothèse particulière d'urgence pratiquement absolue ? En outre, l'interprétation

du règlement nº 794/2004 de la Commission du 21 avril 2004, relatif aux règles procédurales en matière d'aides d'État, a suscité plusieurs interrogations relatives soit à une modification mineure du montant de l'aide soit, à une modification des modalités mêmes du régime d'aides mais ne parvenant pas à une modification du montant de l'aide, soit encore, à la suppression d'un régime d'aide. En troisième lieu, le champ d'application des directives dites « Services » nº 2006/123 du 12 décembre 2006 et « Qualifications professionnelles » nº 2005/36 du 7 septembre 2005, compte tenu du grand nombre d'affaires dont ont eu à connaître les formations consultatives du Conseil en matière de professions règlementées, a également suscité de nombreuses interrogations. En quatrième et dernier lieu, deux ans après son entrée en vigueur, le Traité de Lisbonne a encore provoqué de multiples questions portant non seulement sur l'interprétation de ses stipulations ou de celles de ses protocoles, mais également, et de façon croissante, sur celle de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui y est adossée. L'articulation de cette dernière tant avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qu'avec le Pacte international relatif aux droits civils et politiques demeure parfois incertaine.

Des questions encore plus complexes et techniques ont été posées, exigeant souvent un lourd investissement :
– l'activité de distribution du Livret A, en tant qu'elle contribue au financement des PME, constitue-t-elle un service d'intérêt économique général et, en cas de réponse affirmative, selon quelles modalités doit trouver à s'appliquer la jurisprudence *Altmark* de la CJUE ?
– peut-on, et selon quelles modalités, prévoir dans une norme nationale, à la charge des opérateurs ressortissants des autres États membres de l'Union européenne, une obligation de déclaration auprès de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, alors que la directive applicable en la matière, conçue sous la forme d'une directive dite « nouvelle approche », reste muette sur cette question de droit ?
– la jurisprudence de la CJUE relative à l'effet direct des directives est-elle susceptible de connaître des exceptions tenant à la nature de la norme contestée, ou encore au caractère suffisamment précis et inconditionnel des dispositions en cause, alors surtout que le paragraphe 5 de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne stipule que « *les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes* » ?
– les droits à pension d'un fonctionnaire peuvent-ils être qualifiés de « bien », au sens de l'article 1er du Protocole additionnel nº 1 à la Convention européenne des droits de l'homme et, en cas de réponse affirmative, la privation de tels droits à pension pour des motifs disciplinaires est-elle compatible avec ses stipulations et comment doit s'apprécier la condition tenant au « juste équilibre » énoncée dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ?
– comment s'articulent les compétences exclusives de l'Union européenne, dites externes, notamment en matière de ressources biologiques de la mer, avec la compétence que conserve la France, notamment dans l'Océan Indien et au titre des territoires côtiers qu'elle possède, dont certains ne sont pas compris dans le territoire de l'UE ?
– dans l'hypothèse d'un contribuable d'un État membre cédant des actions d'une société cotée établie dans un pays tiers, quelle est, au regard du régime fiscal des plus-values sur cessions de valeurs mobilières, la portée du principe de libre circulation des capitaux ?
– l'arrêt *VEBIC* du 7 décembre 2010 de la CJUE permet-il à l'Autorité de la concurrence de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure judiciaire dirigée contre les décisions dont cette autorité est l'auteur ?
– dans le contexte des fichiers relatifs aux passeports biométriques, l'État est-il compétent pour fixer des règles relatives aux traitements automatisés de données à caractère personnel des ressortissants des États membres de l'UE et créer des fichiers relatifs à ces derniers ?
– en matière de loi de validation, l'arrêt de la CEDH du 7 juin 2011, *AGRATI c/ Italie*, a-t-il eu pour effet de substituer l'exigence d'un simple motif d'intérêt général à celle traditionnellement retenue de « motifs impérieux d'intérêt général » ?
– dans le cadre de la mise en concurrence des canaux de la télévision numérique terrestre, et dans la mesure où une loi serait considérée comme méconnaissant le droit de l'Union européenne, quels seraient le fondement et les modalités d'engagement de la responsabilité d'un État membre, pour violation par le législateur, de ses obligations communautaires : la jurisprudence *La Fleurette* du 14 janvier 1938 qui exige un préjudice anormal et spécial, ou la jurisprudence *Gardedieu* du 8 février 2007 qui n'impose pas un tel caractère à ce préjudice ?
– dans le cadre de l'examen d'une loi du pays de la Nouvelle-Calédonie, dont un article envisage la création d'un droit de navigation intérieure, non applicable aux navires battant pavillon français, une telle discrimination entre des opérateurs français et ceux des autres États membres de l'Union européenne est-elle compatible avec le droit de l'Union européenne ?
– comment doivent s'analyser des accords conclus entre, d'une part, la Commission européenne, au nom de l'Union et, d'autre part, des États membres de l'Union, en vue d'organiser des procédures de passation conjointe de marchés à partir de « plates-formes d'enchères », alors que l'ensemble de ce mécanisme a été prévu par une directive du Parlement et du Conseil complétée par un règlement de la Commission : s'agit-il d'un simple contrat, de droit privé ou de droit public, d'un acte de droit dérivé de l'Union ou d'une convention internationale, au sens de l'article 55 de la Constitution ?

La contribution à l'activité d'étude et de colloques

■ Comme en 2010, le délégué au droit européen a présidé en 2011 un groupe de travail constitué pour une demande d'étude dont le Conseil d'État a été saisi par le Premier ministre sur le thème *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen* (voir *supra, Colloques et conférences,* page 353).

■ L'étude intitulée *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, adoptée par l'assemblée générale plénière du 29 juillet 2010 a été pleinement suivie d'effets. D'une part, le Gouvernement s'en est fortement inspiré pour l'élaboration du projet d'ordonnance qu'il a soumis au Conseil d'État à l'automne 2011 aux fins de la transposition de la directive nº 2008/52. D'autre

part, le Conseil d'État a entendu valoriser les propositions de cette étude qui se situe dans le droit fil de ses réflexions relatives aux modes alternatifs de règlement des différends. L'organisation d'un colloque portant sur le thème *Les développements de la médiation* illustre cette démarche (voir *supra, Colloques et conférences,* page 353).

■ De façon ponctuelle, la délégation au droit européen participe à la réception de délégation de magistrats, d'universitaires, d'avocats ou d'étudiants de pays tiers. Elle a notamment apporté son concours à l'occasion de réceptions de juridictions, de magistrats, de délégations ou de personnalités d'États membres de l'UE ou ayant vocation à y adhérer. À ce titre, elle a reçu plusieurs délégations, des personnalités, juges, universitaires, des doctorants, tous étant toujours plus intéressés par le développement du droit européen ainsi que par le rôle joué par le Conseil d'État à cet égard.

■ De façon plus générale, la délégation au droit européen s'est efforcée de mieux faire connaître le rôle et l'apport du Conseil d'État, qu'il statue au consultatif ou au contentieux, dans l'application du droit de l'Union ou du droit issu du Conseil de l'Europe, en présentant des interventions dans des universités ou instituts ; en rédigeant, pour le compte du Conseil d'État, plusieurs articles relatifs à la place qu'accorde ce dernier au droit européen ; en assistant des membres du Conseil dans la préparation de conférences portant soit sur le droit de l'Union européenne, soit sur celui du Conseil de l'Europe, soit encore sur le droit comparé ; enfin, en entretenant un échange constant de réflexions ou d'informations portant tout à la fois sur le fond du droit et sur les sources documentaires relatives à l'évolution du droit communautaire, européen et national, notamment avec la Cour de justice et le Tribunal de l'Union européenne, les Conseils d'État d'autres États membres de l'UE, les commissions pour les affaires européennes du Parlement, l'observatoire européen de la Cour de cassation, le secrétariat général pour les affaires européennes, la direction des affaires juridiques du ministère des affaires étrangères et européennes et celle du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

■ La délégation au droit européen a apporté une contribution pour l'élaboration des développements européens du rapport annuel thématique 2012 portant sur le thème *Les agences : une nouvelle gestion publique ?*. En effet, la création d'agences au sein de l'Union européenne est un phénomène ancien apparu dès 1960 avec l'agence d'approvisionnement d'EURATOM. Depuis, elles ont connu un développement considérable et toujours croissant puisque pas moins de 36 agences ont été instituées, dont certaines prestigieuses comme EUROPOL ou EUROJUST. Même si la doctrine du recours aux agences reste encore insuffisamment précisée au niveau de l'Union et si, par suite, ces agences présentent une certaine hétérogénéité, elles ne parviennent pas toutes à être utilement classées en qualité d' « agences exécutives » ou d' « agences de régulation », il n'en demeure pas moins que le débat sur cette classification sémantique n'altère en rien leur efficacité opérationnelle.

■ La délégation au droit européen contribue également à la préparation des colloques organisés par le Conseil d'État, lorsqu'ils présentent une composante concernant le droit de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe, comme c'est le cas de la plupart des entretiens ou des cycles de conférences. Le délégué au droit européen a également présenté cette novation du Traité de Lisbonne lors de deux colloques, devant l'Association des magistrats de l'Union européenne et devant l'Union des avocats européens.

3.2. La mission de veille en droit européen

Le bulletin de la délégation au droit européen

Le bulletin mensuel de la délégation au droit européen comprend une analyse des principaux arrêts de la Cour de justice et du Tribunal de l'Union européenne, un recensement des activités et projets des institutions européennes, une sélection de références des principales normes publiées au Journal officiel de l'Union européenne ainsi que d'autres documents d'intérêt général et relatifs à l'actualité européenne. En 2011, les décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État les plus pertinentes en matière d'application du droit de l'Union européenne y ont été également insérées.

En raison de la charge de travail qui a été la sienne, la délégation au droit européen n'a pas été en mesure d'assurer une publication mensuelle régulière du bulletin. Soucieuse d'assurer sa mission de veille juridique, elle a diffusé, au début du mois de novembre 2011, un seul bulletin couvrant la période allant du 1er octobre 2010 au 31 octobre 2011. La publication du bulletin a repris normalement, sous sa forme mensuelle classique et il a été adressé non seulement aux membres du Conseil d'État, des cours administratives d'appel et des tribunaux administratifs mais, de plus en plus, à des juridictions suprêmes européennes, à des membres ou hauts fonctionnaires des institutions de l'UE, à des magistrats de la Cour de cassation, à des universitaires, aux services juridiques des ministères et à plusieurs autorités administratives indépendantes.

La cellule de veille européenne

Suite à la suppression de la saisine pour avis du Conseil d'État sur la caractère législatif ou réglementaire des projets et propositions d'actes communautaires dans la nouvelle rédaction de l'article 88-4 de la Constitution issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, il convenait d'adapter, dans le cadre de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, de manière dynamique, le rôle consultatif du Conseil d'État.

La cellule de veille européenne a été créée le 1er octobre 2009, avec deux missions principales :
– un rôle de vigie dans les affaires de l'Union européenne au profit du Gouvernement, voire, avec l'accord du Gouvernement, au profit du Parlement si ce dernier le souhaite. Cette cellule doit permettre ainsi au Conseil d'État, par l'intermédiaire des présidents de section, d'alerter en temps utile le Gouvernement et, le cas échéant le Parlement, sur telle ou telle difficulté juridique pouvant apparaître au cours des négociations et proposer les solutions aptes à résoudre les difficultés ainsi identifiées ainsi que de préparer ou suivre les avis ou études

qui en résulteraient, notamment en application des circulaires du 30 janvier 2003 relative à la saisine pour avis du Conseil d'État, lors de la négociation d'actes de l'Union européenne et du 21 juin 2010 relative à la participation du Parlement national au processus décisionnel européen ;
– elle constitue pour chacun des textes ainsi suivis un dossier des négociations, qui sera utile aux rapporteurs des sections administratives lors de l'examen des projets de loi ou de décret pris pour la transposition desdits textes européens. Depuis le 22 septembre 2009, la cellule de veille reçoit les mêmes documents que ceux transmis par les instances européennes au Gouvernement et au Parlement.

La cellule de veille européenne du Conseil d'État met à la disposition de ses membres les informations nécessaires à la pleine prise en compte des textes de l'Union européenne, notamment dans le cadre du travail de transposition effectué par les sections administratives.

Des lettres d'alerte sont adressées une fois par mois et font l'état des principaux textes (communications) et projets de texte (règlements et directives) susceptibles d'intéresser les sections administratives. Ces lettres d'alerte mentionnent également des informations sur les directives en cours de négociation en précisant les avancées ou blocages survenus durant le mois concerné. Elles comportent en outre la mention des procédures d'infraction en cours intéressant les sections administratives. Les lettres d'alerte font également état des « Livres verts » de la Commission. Elles donnent aux membres du Conseil d'État la visibilité sur le travail normatif en cours de préparation ou de négociation au niveau de l'Union européenne.

Répartition par section et par type des textes commentés dans la lettre d'alerte

Section	Règlements	Directives	Décisions	Totaux
Intérieur	12	15	2	29
Finances	25	24	3	52
Travaux publics	11	7	0	18
Sociale	1	3	2	6
Administration	1	0	0	1
Toutes sections	15	9	4	28
Totaux	**65**	**58**	**11**	**134**

Les directives adoptées font l'objet d'un dossier versé à la documentation de la section administrative concernée. Le dossier constitué comprend un certain nombre d'éléments tels que, une brève description du contexte d'adoption, un résumé des articles proposés, l'indication de la base juridique, et des tableaux de correspondance entre les précédentes directives et la proposition en question en version française lorsque cette dernière opère des modifications de directives antérieures. Il comprend également la version anglaise du texte de la directive adoptée. Dix-sept dossiers « directives adoptées » ont été versés à la documentation des sections administratives en 2011 [1]. Le dossier comporte également des informations sur les éventuelles résolutions adoptées par le parlement national sur la directive et la fiche d'impact simplifiée (ou FIS, rédigée par le ministère pilote et qui présente les textes nationaux touchés par la négociation). L'année 2012 verra la mise en place d'une base de données de la cellule de veille européenne permettant aux membres du Conseil d'État de faire des recherches sur les textes de l'Union en cours de négociation ou adoptés.

Textes de l'Union européenne reçus par la cellule de veille européenne du 1er janvier au 31 décembre 2010

	Finances	Intérieur	Travaux publics	Sociale	Administration	Total
Projets de directives	18	7	26	6	-	**57**
Projets de règlements	101	35	85	6	3	**230**
Projets de décisions	79	36	85	37	-	**237**
Communications	49	44	48	8	-	**148**
Rapports	46	49	45	6	2	**148**
Livres verts	5	2	3	-	-	**10**
Textes émanant de la Commission [1]	292	58	178	71	1	**601**
Total des textes	**590**	**231**	**470**	**134**	**6**	**1 431**

Les textes de la Commission sont les textes divers (les nominations, les virements de crédits, les recommandations pour déficit excessif, etc.) qui ne sont pas des directives, ni des règlements, ni des décisions, ni des communications, ni des rapports, ni des livres verts.

3.3. Présentation générale de l'activité internationale

En 2011 le Conseil d'État et l'ensemble de la juridiction administrative ont poursuivi leurs efforts de développement des activités de coopération internationale, soit pour affermir des relations de travail déjà existantes, soit pour établir des liens nouveaux.

1 - Les directives de « refonte » (n'exigeant aucune transposition) ou d'actualisation technique ne font pas l'objet de dossiers « directives adoptées », sauf demande de la part de la section intéressée.

À l'instar des années précédentes, une attention particulière a été apportée au développement des synergies au sein de la juridiction administrative dans son ensemble. Désormais un grand nombre d'activités internationales, qu'il s'agisse de séminaires tenus en France ou de visites organisées auprès d'institutions ou de juridictions européennes ou internationales, associent des membres du Conseil d'État et des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.

Cette étroite relation entre les différentes composantes de la juridiction administrative est également illustrée par la préparation et la conduite des jumelages avec des juridictions étrangères qui sont remportés à la suite d'appels d'offres lancés par la Commission européenne. Ces jumelages, qui durent plusieurs mois voire plusieurs années, supposent de recruter un nombre élevé d'experts ayant des profils et compétences diversifiés. L'ampleur de la mobilisation nécessaire à la mise en œuvre des actions de formation prévues par ces contrats de jumelage conduit à y associer des experts issus des différents niveaux de juridiction. L'association de ces compétences est une réelle source d'enrichissement des contenus et donne parfaitement satisfaction tant aux magistrats étrangers auxquels ces formations sont destinées qu'aux participants français eux-mêmes.

S'agissant de l'accueil de magistrats étrangers au Conseil d'État et dès lors que la durée de leur séjour le permet, les programmes établis à leur intention incluent désormais très fréquemment des visites d'information au sein de juridictions de première instance ou d'appel ainsi qu'à la Cour nationale du droit d'asile. La volonté d'enrichir le parcours de découverte des juridictions accompli par les magistrats étrangers justifie également que ceux-ci soient accueillis à la Cour de cassation ainsi qu'au Conseil constitutionnel où les audiences de questions prioritaires de constitutionnalité suscitent le plus grand intérêt. La démarche étant réciproque, le Conseil d'État reçoit lui-même fréquemment des personnalités étrangères en stage au Conseil constitutionnel ou à la Cour de cassation. Il convient de souligner en outre que le Conseil d'État collabore aux mêmes fins avec l'Assemblée nationale, le Sénat et les services du Premier ministre afin de permettre aux magistrats accueillis au Palais Royal de mesurer les différentes étapes du processus d'adoption d'une loi.

Les échanges avec les institutions européennes et internationales

Le vice-président s'est rendu en 2011 tant à la Cour européenne des droits de l'homme qu'à la Cour de justice de l'Union européenne. Il a notamment prononcé un exposé lors d'un séminaire de travail réunissant les deux hautes juridictions qui s'est tenu à Luxembourg au mois de mai.

S'agissant de la Cour de justice de l'Union, deux membres du Conseil d'État se sont rendus à la 6e Journée des juristes européens en mai. Sept membres du Conseil d'État et magistrats des cours administratives d'appel ont pris part en novembre au Forum des magistrats, auquel étaient également invités des magistrats français de l'ordre judiciaire, ainsi que des juges issus des juridictions d'appel ou de cassation de tous les États de l'Union européenne.

La Cour européenne des droits de l'homme a accueilli en mai un groupe d'une quinzaine de membres du Conseil d'État qui ont pu notamment assister à une audience au cours de laquelle une affaire à laquelle la France était partie a été examinée.

À l'invitation du vice-président, le président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, M. Garcia Sayan, a été reçu au Conseil d'État. Il est notamment intervenu lors d'un colloque organisé au Palais Royal et offrant un regard croisé sur les systèmes régionaux interaméricain et européen de protection des droits de l'homme. Au cours de ce colloque, présidé par M. Badinter, est également intervenu M. Costa qui avait quitté quelques jours auparavant ses fonctions de président de la Cour européenne des droits de l'homme.

Les échanges bilatéraux avec les juridictions et institutions étrangères

Europe

La coopération avec la justice administrative allemande a connu un développement important. En mars 2009 avait eu lieu à Paris la première visite bilatérale de la Cour administrative fédérale d'Allemagne au Conseil d'État. À l'invitation de la présidente du *Bundesverwaltungsgerichts*, le vice-président s'est rendu à Leipzig pour une visite de travail au mois de mars. Il était accompagné de membres du Conseil d'État et du président du tribunal administratif de Versailles. Le séminaire organisé à cette occasion a permis aux deux délégations d'échanger sur les thèmes du contrôle de constitutionnalité, de la procédure contentieuse, du port des signes religieux dans l'espace public et de l'application du droit de l'Union européenne dans l'ordre interne, notamment en matière d'environnement.

Selon une tradition désormais bien établie, une délégation de jeunes magistrats du Land de Rhénanie-Palatinat a été accueillie au mois de septembre au Palais Royal pour une visite de travail. Des hauts fonctionnaires du Land de Bavière ont également été reçus au Conseil d'État et à la cour administrative d'appel de Paris. Le tribunal administratif de Versailles a reçu en stage une universitaire chargée de recherches auprès de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, ainsi qu'un magistrat du tribunal administratif de Halle. Le tribunal administratif de Weimar a reçu un magistrat de la cour administrative d'appel de Paris, qui a reçu un juge du tribunal administratif de Karlsruhe. La juridiction administrative de Karlsruhe a elle-même accueilli une visite conjointe de magistrats des juridictions administratives de Nancy, Strasbourg et Besançon.

S'agissant de l'Autriche, le vice-président s'est rendu en avril à Vienne à la tête de la délégation ayant pris part à la réunion du conseil d'administration de l'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA). L'AIHJA avait été invitée à Vienne par le président de la Cour administrative suprême d'Autriche, M. Clemens Jabloner.

Le comité de coopération franco-britanno-irlandais, dont la section française est présidée par le vice-président du Conseil d'État, a tenu une réunion à Dublin au

mois de mai. Ce comité regroupe des magistrats de France, du Royaume-Uni et d'Irlande appartenant à des juridictions de tous niveaux et exerçant des attributions civiles, pénales ou administratives. Il s'agissait de la première réunion organisée par la section irlandaise récemment instituée. Cette réunion a donné lieu à un séminaire traitant de différentes questions juridiques liées à la famille. Ont notamment été examinés les problèmes liés à l'évolution du mariage et aux diverses formes d'union civile, au droit d'asile, au droit au séjour des étrangers, à l'adoption internationale, aux droits et devoirs des parents, aux pouvoirs des autorités administratives vis-à-vis des familles et à l'application des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme.

Un séminaire dont le thème était : « Rule of Law, État de Droit et Rechtsstaat » a été organisé en juin à Londres par le *Bingham Centre for the Rule of Law* du *British Institute of International & Comparative Law*. Le président de la section du contentieux et cinq autres membres du Conseil d'État ont pris part à ces travaux.

Toujours au chapitre des échanges avec les pays relevant de la tradition de *common law*, on notera que le Conseil d'État a accueilli le procureur général d'Irlande du Nord ainsi qu'un juge de la cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, celui-ci effectuant un stage au titre des échanges entre juridictions appartenant au réseau européen de coopération judiciaire.

L'Italie, qui a célébré avec éclat en 2011 le cent-cinquantenaire de la proclamation de son unité, a commémoré deux autres faits historiques importants : le 180e anniversaire de la création du *Consiglio di Stato* par le Statut albertin de 1831 et le 40e anniversaire de la fondation des tribunaux administratifs régionaux. Le *Consiglio di Stato*, qui était lors de sa création une institution piémontaise, a vu sa compétence étendue à l'ensemble de l'État italien dès 1865. Cette institution a une organisation et des missions très proches de celles du Conseil d'État de France. C'est dans ce cadre que la coopération entre les deux Conseils d'État a connu deux événements majeurs.

Le président du *Consiglio di Stato*, M. Pasquale de Lise, est venu en septembre à Paris à la tête d'une délégation de membres de cette institution. Le temps fort de cette visite a été un séminaire conjoint qui a permis de nouer des échanges fructueux sur les thèmes de l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, des rapports entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, des techniques de rédaction des décisions juridictionnelles ainsi que du périmètre et de la méthodologie des fonctions consultatives exercées par les deux Conseils d'État.

Quelques semaines plus tard lors de la cérémonie du 180e anniversaire du *Consiglio di Stato*, la seule délégation étrangère invitée était celle du Conseil d'État de France. Lors de la cérémonie qui a eu lieu à Rome, au palais du Quirinal en présence de M. Giorgio Napolitano, président de la république italienne, le vice-président a été invité à prononcer une allocution traitant notamment de la fonction des Conseils d'État, des valeurs qu'ils partagent et du rôle qu'ils sont appelés à jouer pour le respect de l'intérêt général, la protection des droits des citoyens et la complète application du droit européen.

Il convient de noter en outre que deux membres du *Consiglio di Stato* ont été accueillis au Conseil d'État pour des stages effectués au titre du réseau européen d'échanges de magistrats. Un juge du tribunal administratif régional de Lecce a été reçu en stage à la cour administrative d'appel de Paris.

Les échanges franco-espagnols ont été marqués par la visite rendue au mois de juin à Madrid par une délégation conduite par le vice-président à l'occasion de l'accueil par le *Tribunal supremo* d'Espagne du conseil d'administration de l'Association des Conseils d'État et juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA Europe). Cette juridiction suprême exerce en effet la présidence de cette association pour la période 2010/2012. On notera par ailleurs qu'un magistrat appartenant à l'*Audiencia nacional* d'Espagne a effectué une visite d'étude au Conseil d'État au titre du réseau européen de formation judiciaire. Tel fut le cas également à la cour administrative de Paris d'un magistrat du tribunal supérieur de Castille et León. Un magistrat du tribunal administratif de Grenoble s'est rendu en stage au tribunal administratif régional de Grenade. Un de ses collègues du tribunal administratif de Toulouse s'est rendu en visite d'étude au tribunal administratif régional de Barcelone. Le président de la chambre administrative de la cour d'appel de Cáceres a été reçu en visite d'étude au tribunal administratif de Nancy.

Un magistrat portugais a été reçu au tribunal administratif de Toulouse au titre du programme européen d'échanges de magistrats.

Le Conseil d'État de Belgique a invité le vice-président et une délégation du Conseil d'État à se rendre en visite de travail à Bruxelles au mois de novembre. Le rôle du Conseil d'État de Belgique est proche de celui de son homologue français. Les échanges intervenus entre les deux délégations ont été consacrés aux questions liées au droit d'asile dans le cadre du droit de l'Union européenne, à l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et aux récents développements intervenus dans le contrôle de constitutionnalité. On notera par ailleurs que le Conseil d'État et la cour administrative d'appel de Paris ont accueilli en visite d'étude un magistrat du tribunal de Liège spécialisé dans les questions de contentieux fiscal.

Le vice-président s'est rendu à La Haye au mois de novembre à l'occasion d'un conseil d'administration de l'Association des Conseils d'État et juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA Europe). Cette réunion s'est tenue aux Pays-Bas afin que l'association rende hommage à l'action internationale de M. Tjeenk Willink, vice-président du *Raad van State* néerlandais, appelé à quitter ses fonctions à la fin du mois de janvier 2012.

Au Danemark, pays qui ne connaît pas le dualisme juridictionnel et dont la Cour suprême est juge en dernier ressort du contentieux administratif, l'année 2011 a été marquée par les cérémonies du 350e anniversaire de cette juridiction. Le vice-président a été convié à prendre part à cette commémoration.

Une délégation de hauts fonctionnaires d'Estonie, conduite par le secrétaire général du Gouvernement estonien, a été accueillie au Conseil d'État dans le cadre d'une visite d'étude consacrée à l'application du droit européen dans l'ordre juridique français.

Une délégation conduite par le ministre de la justice de Croatie, M. Bošnjaković, a été reçue en mars par le vice-président pour une réunion de travail ayant permis d'identifier différentes voies de coopération envisageables, dans le contexte de la création prochaine de tribunaux administratifs dans ce pays. Par ailleurs quatre membres du Conseil d'État ont pris part à la 5e édition des Journées juridiques et administratives franco-croates organisées désormais chaque année à Split. Ces journées étaient consacrées en 2011 à l'application dans l'ordre juridique interne

du droit de l'Union européenne et de la convention européenne des droits de l'homme. Ce thème avait été choisi dans la perspective du projet d'adhésion de la Croatie à l'Union européenne, susceptible d'aboutir à assez brève échéance.

S'agissant de la Grèce, le Groupe européen de droit public a tenu en septembre sa conférence annuelle à Spetses, en présence du vice-président du Conseil d'État et du président de la section du rapport et des études.

Une importante délégation hongroise composée d'étudiants et de professeurs de la faculté de droit de l'université de Szeged, en visite d'étude en France, a été reçue au Conseil d'État. On notera également qu'un premier conseiller du corps des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel s'est rendu à Skopje pour y animer un séminaire de formation sur le contentieux administratif destiné à des juges macédoniens.

Un magistrat roumain a été accueilli en visite d'étude au tribunal administratif de Grenoble.

S'agissant des contacts avec la Pologne, un maître des requêtes au Conseil d'État ainsi qu'un responsable de la direction des systèmes d'information ont effectué une mission à Varsovie afin de prendre part à un séminaire de travail organisé à l'invitation de la Cour administrative suprême, en partenariat avec l'Association des Conseils d'État et juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA Europe). Par ailleurs, le vice-président a accueilli au Conseil d'État une délégation de la section polonaise de l'Institut international d'administration publique qui tenait un séminaire de travail à Paris.

Une délégation de sénateurs de la République tchèque a été reçue pour une réunion de travail au Conseil d'État. Le tribunal administratif de Rennes a reçu, pour un stage de deux mois, un étudiant tchèque achevant un master d'administration publique.

Deux échanges avec les autorités de la Fédération de Russie méritent d'être mentionnés. En mai le conseiller juridique de la présidence de la Fédération, M. Yakovlev, a été reçu au Conseil d'État par le vice-président. Celui-ci a aussi accueilli fin septembre une délégation de la Cour constitutionnelle conduite par son président, M. Zorkine.

S'agissant de l'Ukraine, la cour administrative d'appel de Marseille a conclu une convention de jumelage avec la cour administrative d'appel d'Odessa. À cette occasion une délégation constituée du chef de juridiction et de trois présidents de chambre s'est rendue pour une visite de travail en Ukraine. Elle a rencontré notamment à cette occasion le président de l'académie juridique d'Odessa, chargée de la formation des magistrats ukrainiens.

Asie

La coopération avec la Chine a été exceptionnellement dense en 2011.

Le vice-président s'est rendu en visite à Pékin et Shanghai du 19 au 25 juin. Il était accompagné de quatre membres du Conseil d'État, dont la présidente de la cour administrative d'appel de Versailles, et de la présidente du tribunal administratif de Paris. La délégation a été reçue à la Cour populaire suprême et dans d'autres juridictions. En Chine, des formations spécialisées au sein des quatre degrés de juridictions existants sont chargées du contentieux administratif. Si celui-ci est resté jusqu'à aujourd'hui assez embryonnaire, la justice chinoise s'emploie à développer la formation des juges et à perfectionner les techniques de contrôle.

La Cour suprême et le Conseil d'État ont conclu à Pékin un mémorandum de coopération. La signature de ce texte a eu pour objet d'inscrire dans la durée les échanges intervenant entre les deux juridictions, prenant notamment la forme d'échanges de visites et de séminaires thématiques. Le vice-président a invité son homologue chinois à se rendre en France, si possible dès l'année 2012, à la tête d'une délégation de hauts magistrats spécialistes de contentieux administratif.

À Paris, une délégation de juges de la Cour populaire suprême a été reçue au Conseil d'État à l'occasion d'une visite de travail thématique portant sur les processus internes de fichage de la jurisprudence ainsi que sur l'accès des justiciables à celle-ci par la voie des bases de données électroniques.

Une universitaire chinoise spécialiste de contentieux administratif a effectué un stage de trois mois au Palais Royal. Le Conseil d'État a accueilli en juillet un colloque euro-chinois organisé par l'Institut des hautes études sur la justice. En outre de nombreuses délégations de professeurs et d'universitaires chinois en visite en France ont été reçues tant au Conseil d'État qu'à la cour administrative d'appel de Paris ainsi qu'au tribunal administratif de Paris.

Une délégation d'experts fiscalistes de l'administration de l'Assemblée nationale populaire a effectué une visite d'étude au Conseil d'État sur le thème du contentieux fiscal. D'autres visites ont été organisées au profit de fonctionnaires chinois. Ce fut notamment le cas du directeur de la commission pour la réforme et le développement de la province du Hubei, qui est responsable de la planification écologique et urbaine du projet du Grand Wuhan.

Le ministre de la justice du Vietnam, M. Hà Hùng Cuòng, a été reçu au Conseil d'État par le vice-président du Conseil d'État, à l'occasion d'une visite officielle qu'il effectuait en France au mois de mars. Ont été évoquées à cette occasion les perspectives offertes par la relance des activités de la Maison du droit franco-vietnamienne à Hanoi.

Les contacts étroits existant entre le Conseil d'État et l'ambassade du Japon en France ont donné lieu à plusieurs visites. Ainsi a été reçu pour des visites de travail au Palais Royal et au tribunal administratif de Paris un magistrat de la Cour suprême du Japon chargé d'un rapport sur la pratique française en matière d'intérêt pour agir des associations, en particulier des associations de défense de l'environnement. À également été accueillie une délégation de hauts fonctionnaires enquêtant sur le rôle des établissements publics en France.

Le Conseil d'État a reçu la visite de deux hauts fonctionnaires des services législatifs de l'assemblée nationale de Corée. Le Palais Royal a aussi accueilli une rencontre bilatérale tenue à l'initiative conjointe de l'Association française de droit constitutionnel et de l'Association coréenne de droit public.

Compte tenu des liens anciens et étroits existant entre le Conseil d'État et les institutions de Thaïlande, plusieurs délégations de juges, de procureurs ou de hauts fonctionnaires de ce pays ont été reçues au Palais Royal. Ces échanges ont notamment porté sur le contentieux fiscal.

S'agissant de l'Asie centrale, plusieurs échanges sont intervenus avec l'Ouzbékistan. Le vice-ministre de la justice de ce pays s'est rendu en visite au Conseil d'État au mois d'avril. Un membre du Conseil d'État, rapporteur public à la section du contentieux, s'est rendu à un symposium international de droit administratif qui s'est tenu en septembre à Tachkent. Cette rencontre était notamment consacrée à la procédure contradictoire devant le juge administratif et à l'exécution des décisions du juge administratif. Enfin deux juristes du service du contrôle de la législation du ministère de la Justice ont été accueillis à la fin de l'année au Palais Royal.

Amériques

Les relations avec le Brésil ont été marquées par plusieurs rencontres de haut niveau.

Le ministre fédéral de la Justice, M. José Eduardo Cardozo, qui effectuait en France en mai sa première visite officielle depuis son entrée en fonction consécutive à l'accession à la présidence de la République de Mme Roussef, a été reçu au Conseil d'État par le vice-président. Cette réunion a permis de préciser les priorités des autorités brésiliennes en vue du développement des échanges entre le Conseil d'État de France et l'institution homologue brésilienne dans le champ consultatif, qui est l'Avocacia geral da União (AGU). Le Conseil d'État et l'AGU ont signé en août 2010 un mémorandum de coopération lors d'une visite à Brasilia du président de la section du rapport et des études. Les priorités ainsi identifiées concernent principalement le droit des transports ainsi que les services publics et les relations entre l'administration fiscale et les contribuables. Ce contact établi au niveau ministériel a connu un prolongement en septembre avec l'accueil d'une délégation de l'AGU qui a invité une délégation du Conseil d'État à prendre part au printemps 2012 à Brasilia à un séminaire conjoint portant notamment sur le droit des infrastructures routières et ferroviaires.

On notera aussi que le Conseil d'État a accueilli en stage un procureur fédéral brésilien ainsi que le chef du service des affaires juridiques du secrétariat général de la présidence fédérale. En outre plusieurs groupes d'étudiants et professeurs des universités du Brésil ont été reçus au Palais Royal.

Le Conseil d'État coopère de longue date avec les institutions de Colombie, dont le système de justice administrative est proche de celui de la France. Le vice-président a accueilli M. Juan Carlos Henao Perez, président de la Cour constitutionnelle. Plusieurs membres du Conseil d'État de Colombie ont aussi été reçus au Palais Royal, notamment dans le contexte de la publication de l'Annuaire international de la fonction consultative, dont le Conseil d'État de Colombie a pris l'initiative.

De nombreux groupes de professeurs et d'étudiants originaires de diverses universités de droit des États-Unis ont, comme chaque année, été reçus au Conseil d'État pour des conférences-débats sur le contrôle juridictionnel de l'administration française. Un autre groupe d'universitaires américains a été accueilli par le tribunal administratif de Nantes.

Afrique

Le vice-président a effectué sa première visite dans un pays d'Afrique subsahélienne à Dakar au mois de décembre à l'invitation de M. Sakho, premier président de la cour suprême. Le Conseil d'État et la Cour suprême du Sénégal sont liés depuis deux ans par une convention de jumelage. Cette visite a donné lieu à de nombreux échanges et rencontres et notamment à un séminaire de travail réunissant une centaine de magistrats sénégalais. À Paris, la présidente de la chambre administrative de la Cour suprême du Sénégal et plusieurs de ses collègues ont été reçus pour des visites d'étude au Conseil d'État ainsi qu'à la cour administrative d'appel de Versailles. Au cours de l'année, d'autres visites d'étude ont été organisées, au Conseil d'État et dans différentes juridictions administratives, pour plusieurs magistrats de cette chambre administrative.

Le nouveau président de la chambre administrative de la cour suprême de Côte d'Ivoire, M. Kobo, a effectué une visite au Conseil d'État en septembre. Il a à cette occasion confirmé l'intention des autorités de son pays d'accueillir en avril 2012 à Abidjan une réunion du conseil d'administration de l'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA). L'inspecteur général d'État de Côte d'Ivoire, M. N'Goran Niamien, a également été reçu au Palais Royal.

La Cour suprême du Bénin a célébré en 2011 le cinquantenaire de sa création. Un colloque international a eu lieu à cette occasion à Porto Novo, auquel un conseiller d'État a représenté le vice-président. À Paris trois groupes comportant un total de huit magistrats de cette haute juridiction ont effectué des visites d'étude au Conseil d'État.

Le Conseil d'État a reçu le premier président du Conseil d'État du Burkina Faso, Mme Ouedraogo qui était accompagnée de deux de ses collègues.

Le Conseil d'État a accueilli une délégation de magistrats de la Cour suprême du Mali pour une visite d'étude.

Ont également été reçus en stage à Paris deux magistrats du Tribunal administratif du Mozambique. Quelques semaines plus tard un conseiller d'État a pris part à un séminaire de formation organisé à l'initiative de cette juridiction à Maputo.

Un conseiller d'État a effectué une mission à N'Djamena pour assurer une session de formation au profit de la Cour suprême du Tchad. Le Conseil d'État a accueilli à Paris le président de la chambre administrative de cette cour, M. Koulamallah, accompagné de deux de ses collègues.

Deux auditeurs de justice congolais de l'École nationale de la magistrature ont été reçus respectivement en stage par les tribunaux administratifs de Châlons-en-Champagne et de Nantes.

Afrique du Nord – Proche et Moyen-Orient

Le vice-président a reçu au Palais Royal une délégation de huit membres du Conseil de la Nation d'Algérie, qui constitue la deuxième chambre du parlement algérien. Ces personnalités algériennes avaient été conviées à un voyage d'étude par le Sénat.

Le président de la section du contentieux s'est rendu en Algérie, à l'invitation de la présidente du Conseil d'État, Mme Heni. Il a été successivement reçu à Constantine puis à Alger. A été organisé à cette occasion un séminaire traitant des évolutions marquantes les plus récentes des juridictions administratives algérienne et française. Quelques mois auparavant, deux membres du Conseil d'État avaient pris part à Alger à un séminaire traitant du droit de la fonction publique.

Au cours du deuxième semestre le Conseil d'État et plusieurs tribunaux et cours administratives d'appel ont reçu quatre binômes de deux magistrats du Conseil d'État d'Algérie. Chacune de ces visites avait un programme d'activité propre, en fonction des centres d'intérêt ou spécialités communiqués par le Conseil d'État d'Algérie.

Une délégation de magistrats et hauts fonctionnaires de la Cour suprême du Maroc a été reçue au Conseil d'État. Ont également été accueillis en visite de travail trois membres du conseil national de transition (CNT) de Libye.

Le vice-président a reçu au Conseil d'État M. El Gheriany, vice-président de la Cour de cassation d'Égypte et président de la chambre criminelle qui conduisait une délégation de magistrats égyptiens en visite de travail en France. Toujours au titre des contacts franco-égyptiens, on notera qu'un groupe de jeunes diplomates de ce pays effectuant un voyage d'étude à Paris ont été reçus au Palais Royal.

M. Sader, président du Conseil d'État du Liban, a été accueilli à Paris par le vice-président. Cette visite était notamment consacrée à la préparation d'un colloque international sur les contrats publics devant avoir lieu à Beyrouth en février 2012. Par ailleurs trois magistrats du Conseil d'État du Liban ont effectué des stages tant au Conseil d'État que dans les juridictions administratives ayant leur siège en région parisienne.

Une importante délégation de membres du Conseil d'État de Turquie a été reçue au Conseil d'État en septembre. Par ailleurs, un membre du Conseil d'État et deux magistrats de la cour administrative d'appel de Paris et du tribunal administratif de Paris se sont rendus à Ankara à l'occasion d'un séminaire sur le contentieux administratif. Cette rencontre s'inscrivait dans le cadre de la création de juridictions administratives d'appel en Turquie.

Un séminaire juridique réunissant la Cour suprême d'Israël et les trois plus hautes juridictions françaises a été organisé en mai à Paris à l'invitation du Conseil constitutionnel, de la Cour de cassation et du Conseil d'État. La délégation israélienne était conduite par Mme Beinisch, présidente de la Cour suprême. Les thèmes abordés lors de ces journées ont porté en particulier sur le contrôle de constitutionnalité, le droit des étrangers et l'exécution des décisions de justice.

Deux conseillers d'État se sont rendus à un séminaire juridique à Abu Dhabi et y ont présenté des rapports relatifs au fonctionnement et à la double mission consultative et contentieuse du Conseil d'État. Des délégations de magistrats du Qatar et du sultanat d'Oman ont effectué des visites de travail au Conseil d'État et à la cour administrative d'appel de Paris. Deux magistrats du Yémen ont été reçus en stage à la cour administrative d'appel de Marseille.

La participation aux jumelages et programmes de coopération

Les jumelages sont des ensembles d'actions de coopération, structurées autour d'un projet lancé et financé par les instances de l'Union européenne, destinées à promouvoir les capacités d'institutions de pays extérieurs à l'UE.

Un consortium constitué du Conseil d'État de France et de la Cour administrative suprême de Lituanie, auquel le ministère de la justice de Suède est venu s'ajouter, a remporté un appel d'offres en vue d'un jumelage dit long – d'une durée de trente mois environ – conçu au bénéfice de la cour administrative supérieure d'Ukraine. Ce projet a donné lieu au détachement d'un magistrat français à Kiev dont la mission est de coordonner sur place les activités supervisées depuis Paris par un conseiller d'État chargé de diriger le projet au titre de la partie française. La cérémonie de lancement du programme a eu lieu en novembre à Kiev et les activités engagées au cours des premières semaines se déroulent dans de bonnes conditions.

Le Conseil d'État a aussi remporté un appel d'offres pour un jumelage avec le Tribunal administratif de Tunisie, qui est dans ce pays son institution homologue. Des experts allemands et belges ont été associés à ce projet, à titre individuel. Il s'agit d'un jumelage dit court, d'une durée de six à sept mois. Le contexte prévalant sur place a conduit à reporter de quelques mois la conclusion du contrat. Celui-ci a été signé au mois de décembre, ouvrant ainsi la voie au lancement des actions de coopération à compter de janvier 2012.

Le Conseil d'État a continué en 2011 d'apporter son soutien actif au programme d'accueil en France des personnalités d'avenir, en partenariat avec le ministère des affaires étrangères et européennes qui le coordonne.

La participation aux activités des associations internationales de hautes juridictions administratives et aux réseaux d'échanges de magistrats

L'Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA)

L'AIHJA, créée en 1983 et dont le siège est au Conseil d'État, réunit aujourd'hui plus d'une centaine de juridictions nationales et internationales. Elle a pour objet de favoriser les échanges entre les juridictions administratives suprêmes, par la diffusion d'un recueil triennal bilingue (français et anglais) des législations nationales et de la jurisprudence des juridictions membres.

L'AIHJA a tenu son conseil d'administration à Vienne du 11 au 13 avril, à l'invitation de la Cour administrative suprême d'Autriche. Ont notamment pris part à cette réunion le vice-président du Conseil d'État ainsi que le secrétaire général du

Conseil d'État qui exerce traditionnellement la fonction de secrétaire général de l'AIHJA. Indépendamment des questions relatives au fonctionnement quotidien de l'association, cette réunion a posé les premiers jalons en vue du congrès de l'AIHJA qui aura lieu à Carthagène (Colombie) au printemps 2013 et qui donnera lieu à un colloque international ayant pour thème « Le juge administratif et l'environnement ». Il a en outre été décidé à Vienne de créer un groupe de travail chargé de réfléchir à un ajustement des statuts de l'AIHJA en vue de diversifier les activités de l'association et d'améliorer sa gouvernance eu égard notamment au nombre et à la répartition géographique des membres du conseil d'administration. La présidence de ce groupe de travail a été confiée à M. Robert Andersen, premier président du Conseil d'État de Belgique.

L'Association des Conseils d'État et juridictions suprêmes de l'Union européenne (ACA Europe)

L'Association des Conseils d'État et juridictions suprêmes de l'Union européenne a pour objet de regrouper les hautes juridictions administratives de l'Union européenne et de favoriser leurs échanges en matière de droit européen. Son siège est à Bruxelles et le secrétariat général est confié au Conseil d'État de Belgique. Le vice-président a assisté aux réunions statutaires du conseil d'administration ayant eu lieu en juin à Madrid puis en novembre à La Haye. La présidence est exercée par le Tribunal supremo d'Espagne au titre de la période 2010 / 2012. Le Conseil d'État sera appelé à exercer la présidence de l'ACA pour deux ans à partir de juin 2012.

Indépendamment de ses réunions statutaires, l'ACA Europe a organisé différents séminaires et groupes de travail au cours de l'année. Le Conseil d'État de France a pris part à toutes ces activités. Ainsi plusieurs de ses membres ont participé à un colloque à Dubrovnik organisé dans la perspective de la mise en place de juridictions administratives de première instance en Croatie, à un séminaire à Varsovie sur les questions d'informatique judiciaire ainsi qu'à un groupe de réflexion sur les enjeux de l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Les échanges entre magistrats à l'échelon européen

Le Réseau européen de formation judiciaire (REFJ) met en œuvre un programme d'échanges destiné aux autorités de justice des États membres de l'Union européenne et des pays candidats. Au nombre des actions proposées, le REFJ a développé un programme de stages auquel les juridictions administratives françaises participent depuis 2007. Ces échanges de magistrats remportent dans leurs deux dimensions un vif succès. Ils favorisent une meilleure connaissance des pratiques juridictionnelles au sein de l'Union européenne.

L'ACA Europe a mis en place elle-même un programme qui complète celui du REFJ et qui s'adresse essentiellement aux magistrats des juridictions membres, c'est-à-dire les Conseils d'État et juridictions administratives suprêmes. Ce programme rencontre également un grand succès. Le Conseil d'État y a naturellement participé en 2011.

Paris a accueilli en mai une réunion de la fédération européenne des juges administratifs (FEJA) dont un magistrat de la cour administrative d'appel de Paris est vice-président. Cette rencontre a été marquée par un colloque consacré au contrôle de constitutionnalité en Europe, organisé à la Maison du barreau et associant des magistrats et universitaires de différents pays de l'Union européenne. Au Conseil d'État, le vice-président a reçu les participants au congrès de la FEJA dont l'assemblée générale annuelle s'est tenue à la cour administrative d'appel de Paris.

Le soutien aux travaux de l'Institut français des sciences administratives (IFSA) et de l'Institut international des sciences administratives (IISA)

Le Conseil d'État accueille le siège de l'Institut français des sciences administratives (IFSA), association reconnue d'utilité publique fondée en 1947 à l'initiative du président René Cassin. L'objet social de l'IFSA est de promouvoir les sciences administratives en France et de favoriser la connaissance du modèle français de droit administratif à l'étranger. Le vice-président du Conseil d'État exerce la présidence de l'IFSA.

Le secrétariat général de l'IFSA, soutenu par la délégation aux relations internationales, a organisé au Conseil d'État deux colloques. Le premier, à dominante historique, a été organisé en partenariat avec l'École pratique des hautes études en sciences sociales. Cette rencontre était destinée à retracer les évolutions ayant permis de lever progressivement les obstacles juridiques et culturels à l'accès des femmes aux carrières administratives. Le second colloque était consacré aux évolutions récentes de la coordination de l'action de l'État en mer et a réuni des personnalités civiles et militaires intervenant dans ce secteur d'activité. Il a permis notamment de faire le point, dans une perspective européenne, sur la mise en place d'une fonction garde-côtes.

L'Institut français des sciences administratives est en outre la section française de l'Institut international de sciences administratives (IISA) dont le siège est à Bruxelles et dont l'objet est de promouvoir à l'échelle mondiale le développement des sciences de l'administration et de favoriser l'amélioration du fonctionnement des administrations publiques. Le secrétaire général de l'IFSA, qui siège au conseil d'administration de l'IISA, a en outre représenté la section française lors du congrès annuel de l'Institut ayant eu lieu en juillet à Lausanne. Par ailleurs le vice-président du Conseil d'État a reçu au Palais Royal une importante délégation de la section polonaise de l'IISA qui tenait un colloque à Paris.

Table des matières

■ Éditorial
Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État 9

■ Première partie
ACTIVITÉ JURIDICTIONNELLE 17

L'activité en chiffres-clés 19

1. Bilan d'activité statistique de la juridiction administrative 21

1.1. Bilan d'activité des tribunaux administratifs, des cours administratives d'appel et du Conseil d'État 21
– Activité des tribunaux administratifs 21
– Activité des cours administratives d'appel 28
– Activité des formations contentieuses du Conseil d'État 31

1.2. Bilan d'activité des juridictions administratives spécialisées 38
– Présentation sommaire 38
– Activité des juridictions spécialisées en matière de droit des étrangers 40
– Activité des juridictions spécialisées en matière de discipline professionnelle 48
– Activité des juridictions spécialisées en matière sociale 50

2. Bilan de la mise en œuvre des questions prioritaires de constitutionnalité 51

2.1. La question prioritaire de constitutionnalité : une innovation commune à l'ensemble de la juridiction administrative 51

2.2. Mise en œuvre des questions prioritaires de constitutionnalité devant les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État 52

2.3. Statistiques 53

2.4. Analyse de décisions rendues par le Conseil d'État en matière de question prioritaire de constitutionnalité 54
– Le règlement des litiges après le succès d'une QPC devant le Conseil constitutionnel 55

3. Analyse d'une sélection de décisions, d'arrêts et de jugements 57

3.1. Sélection de décisions juridictionnelles du Conseil d'État 57
– Audiovisuel, Culture 57
– Comptabilité 57
– Contrats 58
– Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales 60

– Cultes 61
– Droit international 63
– Droits civils et individuels 64
– Élections 66
– Énergie 67
– Expropriation 67
– Fiscalité 68
– Fonction publique 69
– Justice 71
– Outre-mer 72
– Police 72
– Procédure contentieuse 73
– Responsabilité 75
– Santé publique 76
– Union européenne 77

3.2. Analyse d'arrêts des cours administratives d'appel et de jugements des tribunaux administratifs 80
– Asile 80
– Collectivités territoriales 81
– Comptabilité publique 82
– Concurrence 83
– Contributions et taxes 84
– Convention européenne des droits de l'homme 87
– Détenus 87
– Domaine 88
– Droits civils et individuels 88
– Élections 89
– Enseignement et recherche 90
– Étrangers 91
– Fonctionnaires et agents publics 91
– Marchés et contrats administratifs 92
– Nature et environnement 94
– Police 96
– Procédure 97
– Responsabilité de la puissance publique 98
– Transports 100
– Travail 100
– Urbanisme 102

3.3. Éléments de jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile 105
– Décisions de sections réunies 105
– Asile constitutionnel : deux décisions concernant les actions de femmes en faveur de la liberté 106
– Sur les motifs conventionnels 106
– Sur l'appréciation de l'existence des persécutions et de l'actualité des craintes 107
– Sur le bénéfice de la protection subsidiaire 107
– Deux décisions en matière d'exclusion 108
– Cessation du fait de l'avènement d'un nouvel État 109

4. Les missions qui concourent à l'activité juridictionnelle : aide juridictionnelle, exécution des décisions de justice, inspection des juridictions administratives 111

4.1. Bilan d'activité du bureau d'aide juridictionnelle 111
– Demandes d'aide juridictionnelle 111
– Décisions rendues 112
– Stock, durée de traitement et délai de notification 112
– Sens des décisions 112
– Nature des contentieux et matières concernées 112
– Statistiques 113

4.2. Bilan d'activité de l'exécution des décisions de la juridiction administrative 115
– Synthèse de l'activité en matière d'aide à l'exécution 116
– Demandes d'éclaircissement adressées à la section du rapport et des études 119
– Rapport sur la révision de la partie réglementaire du livre IX du code de justice administrative 121
– Statistiques 121

4.3. Mission permanente d'inspection des juridictions administratives 124
– Inspection des juridictions administratives 124
– Participation à la gestion du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel 125

■ Deuxième partie
ACTIVITÉ CONSULTATIVE 127
– Présentation générale 129
– Notes méthodologiques 130

1. Observations d'ordre général 131

1.1. Une activité consultative toujours soutenue 131
– L'assemblée générale : 55 textes examinés dont 5 propositions de loi 131
– La commission permanente : un nombre de séances en nette augmentation 132
– Les sections administratives : un niveau d'activité toujours élevé 132
– Des délais moyens d'examen toujours très maîtrisés 132

1.2. Un nombre de propositions de loi soumises à l'examen du Conseil d'État en nette augmentation 133

1.3. Des remarques générales sur les conditions de saisine des projets de texte 134

1.4. La qualité des études d'impact ou des évaluations préalables 135
– Exigences requises pour les lois ordinaires – Exemples d'insuffisance relevée 136
– Exigences requises pour les lois de finances 137
– Exigences requises pour les lois de programmation 138
– Exigences requises pour les lois à caractère expérimental 139

1.5. La cohérence des textes 140

2. Sélection d'affaires marquantes de l'année 141

2.1. Mesures arrêtées en réponse à la crise financière 142
– 2.1.1. Le projet de loi constitutionnelle relatif à l'équilibre des finances publiques 142
– 2.1.2. Les projets de loi de finances rectificative relatifs à la crise financière 144

2.2. Réforme de la pharmacovigilance 147
– 2.2.1. Le renforcement de la sécurité sanitaire du médicament 147
– 2.2.2. Le financement de la réforme 150
– 2.2.3. L'indemnisation des victimes du Médiator 151

2.3. Prévention des conflits d'intérêts 152

2.4. Traitements de données à caractère personnel : concilier l'ordre public et la protection des libertés individuelles 153

2.5. Réforme des soins psychiatriques sans consentement 156
– 2.5.1. Les phases d'une genèse juridique complexe 156
– 2.5.2. Un renforcement du rôle du juge des libertés et de la détention 158

2.6. Participation des citoyens à la justice pénale 160
– 2.6.1. La demande d'avis 160
– 2.6.2. Le projet de loi et son décret d'application 161

2.7. Mise en œuvre de la loi dite « Grenelle 2 » 162

2.8. Réforme de la fonction publique d'encadrement supérieur 163

2.9. Encadrement du recours à la force pour le maintien ou pour le rétablissement de l'ordre public 165

3. Thèmes transversaux de l'activité consultative 167

3.1. Actes – respect de la hiérarchie des normes 167
– 3.1.1. Principe constitutionnel de légalité et de proportionnalité des peines 167
– 3.1.2. Principe constitutionnel de nécessité des peines et des sanctions 168
– 3.1.3. Principe d'égalité 169
– 3.1.4. Principe de sécurité juridique 169
– 3.1.5. Principes constitutionnels du droit de propriété, de la liberté du commerce et de l'industrie et de la liberté contractuelle 170
– 3.1.6. Objectifs de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi 170
– 3.1.7. Domaines respectifs de la loi et du règlement 170
– 3.1.8. Ordonnances de l'article 38 de la Constitution 173
– 3.1.9. Répartition des compétences au sein du pouvoir réglementaire 175
– 3.1.10. Rétroactivité 176
– 3.1.11. Constitutionnalité et conventionnalité des actes de validation d'actes administratifs 176
– 3.1.12. Principe de libre administration des collectivités territoriales 177
– 3.1.13. Respect des situations légalement acquises 178
– 3.1.14. Délais et procédures devant le défenseur des droits 179

3.2. Codification 179
– 3.2.1. Une amélioration du code des transports 179
– 3.2.2. Un nouveau code de l'énergie 180
– 3.2.3. Une nouvelle partie de code du l'environnement consacrée à l'énergie nucléaire – Responsabilité civile 181

3.3. Commande publique 182
– 3.3.1. Règles générales du droit de la commande publique 182
– 3.3.2. Contrats de partenariat 183
– 3.3.3. Concessions 183
– 3.3.4. Promotion des « circuits courts » dans les marchés publics 185
– 3.3.5. Marchés de défense et de sécurité 185

3.4. Consultations 186
– 3.4.1. La procédure générale de consultation 186
– 3.4.2. La consultation propre à la fonction publique : les comités techniques 190
– 3.4.3. La consultation ouverte sur Internet 191

3.5. Domanialité publique 192

3.6. Élections 193
– 3.6.1. Élection présidentielle 193
– 3.6.2. Élections législatives 194
– 3.6.3. Élections des conseillers territoriaux – Réforme territoriale 195

3.7. Organisation et gestion de l'administration 195
– 3.7.1. Autorités administratives indépendantes (AAI) 195
– 3.7.2. Établissements publics et entreprises publiques 196
– 3.7.3. Organisation territoriale de l'État 199
– 3.7.4. Réutilisation des informations publiques détenues par l'État et ses établissements publics 200

3.8. Outre-mer 201
– 3.8.1. Collectivités régies par l'article 73 de la Constitution 201
– 3.8.2. Collectivités régies par l'article 74 de la Constitution 205
– 3.8.3. Consultation des collectivités d'outre-mer 211

3.9. Relations internationales et conventions internationales 212
– 3.9.1. Champ d'application de l'article 53 de la Constitution 212
– 3.9.2. Contrôle de constitutionnalité 213
– 3.9.3. Contrôle de conventionnalité 214
– 3.9.4. Échange de données à caractère personnel 215

3.10. Traitement de données à caractère personnel 215

3.11. Union européenne 218
– 3.11.1. Compétence exclusive ou partagée de l'Union européenne et de ses États membres 218
– 3.11.2. Notification à la Commission européenne 218
– 3.11.3. Information de la Commission européenne 219
– 3.11.4. Libre circulation des personnes et liberté d'établissement 219
– 3.11.5. Transposition de directives de l'Union européenne 220
– 3.11.6. Application des normes de l'Union européenne 222
– 3.11.7. Application du droit de l'Union européenne dans les collectivités d'outre-mer 225

4. Politiques publiques 227

4.1. Agriculture ... 227
4.2. Budget ... 228
– 4.2.1. Contrôle de constitutionnalité des lois de finances ... 228
– 4.2.2. Complexité excessive d'une disposition budgétaire ... 229
– 4.2.3. Dispositions pouvant figurer dans la loi de finances de l'année ... 229
– 4.2.4. Dispositions ne pouvant pas figurer en loi de finances ... 230
– 4.2.5. Dispositions pouvant figurer en loi de finances rectificative ... 231
– 4.2.6. Finances locales ... 232
4.3. Communication ... 232
4.4. Concurrence et consommation ... 233
4.5. Enseignement ... 235
4.6. Environnement ... 236
– 4.6.1. Charte de l'environnement ... 236
– 4.6.2. Évaluation environnementale ... 242
– 4.6.3. Réforme de l'enquête publique ... 243
4.7. Fiscalité ... 244
– 4.7.1. Une réforme substantielle de la fiscalité du patrimoine ... 245
– 4.7.2. Le « rabot sur les niches fiscales » ... 248
– 4.7.3. Une contribution exceptionnelle sur les hauts revenus ... 248
– 4.7.4. La création de contributions ou cotisations spécifiques ... 249
– 4.7.5. Déductibilité des pertes d'entreprises ... 251
4.8. Fonction publique ... 251
– 4.8.1. Principe de participation des agents publics ... 251
– 4.8.2. Recrutement et période de stage ... 255
– 4.8.3. Grade à accès fonctionnel ... 256
– 4.8.4. Titularisation des agents contractuels ... 256
– 4.8.5. Intéressement collectif ... 257
– 4.8.6. Protection sociale des agents publics ... 257
– 4.8.7. Informatisation des outils de gestion ... 259
4.9. Justice ... 259
4.10. Logement ... 263
4.11. Retraites et pensions ... 264
4.12. Santé publique ... 266
– 4.12.1. Professions de santé ... 266
– 4.12.2. Établissements de santé ... 269
– 4.12.3. Prise en charge des soins ... 270
4.13. Sécurité sociale et action sociale ... 271
– 4.13.1. Sécurité sociale ... 271
– 4.13.2. Action sociale ... 274
4.14. Travail, emploi et formation professionnelle ... 275
– 4.14.1. Article L. 1 du code du travail ... 275
– 4.14.2. Droits collectifs des salariés ... 276
– 4.14.3. Emploi et formation professionnelle ... 278

4.15. Transports ... 279
4.16. Urbanisme ... 281
5. Index ... 283
6. Statistiques de l'activité consultative du Conseil d'État ... 293
6.1. L'activité consultative en 2011 : nombre de séances, nombre et nature des textes examinés, délais d'examen ... 293
6.2. Évolution de l'activité consultative : 2007-2011 ... 297
7. Les avis rendus par le Conseil d'État en 2011 ... 299
7.1. Communication ... 300
7.2. Contrat de concession de travaux ... 302
7.3. Élection des députés français de l'étranger ... 307
7.4. Entreprises ... 308
7.5. Étrangers ... 313
7.6. Fiscalité ... 318
7.7. Justice pénale ... 321
7.8. Libertés publiques ... 324
7.9. Outre-mer ... 328
7.10. Pouvoirs publics ... 342

■ Troisième partie
ÉTUDES, DÉBATS, PARTENARIATS EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX ... 347

1. Rapports et études ... 349
1.1. L'étude *Réflexions sur l'institution d'un Parquet européen* ... 350
1.2. Le rapport thématique *Consulter autrement, participer effectivement* ... 351
2. Colloques et conférences ... 353
2.1. La diversité des colloques ... 353
– Sur le thème du rapport thématique 2010 du Conseil d'État, un colloque sur *L'eau en France : quels usages et quelle gouvernance ?* ... 354
– Sur le thème de l'étude du Conseil d'État : *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne* ... 355

– Les Conférences du Conseil d'État : la clôture des *cycles de conférences sur le droit européen des droits de l'homme* et sur *la démocratie environnementale*... 355
– Les Entretiens du Conseil d'État : la poursuite des cycles en droit social et en droit public économique ... 356
– Une rencontre entre le Conseil d'État et la Cour de cassation : le colloque *Santé et justice : quelles responsabilités ?* ... 358

2.2. Les actes des colloques : *Droits et Débats*, la nouvelle collection du Conseil d'État à La Documentation française ... 359

3. Relations européennes et internationales ... 361

3.1. La mission d'expertise juridique en droit européen ... 361
– La réponse aux questions de droit ... 361
– La contribution à l'activité d'étude et de colloques ... 363

3.2. La mission de veille en droit européen ... 365
– Le bulletin de la délégation au droit européen ... 365
– La cellule de veille européenne ... 365

3.3 Présentation générale de l'activité internationale ... 367
– Les échanges avec les institutions européennes et internationales ... 368
– Les échanges bilatéraux avec les juridictions et institutions étrangères ... 369
– La participation aux jumelages et programmes de coopération ... 377
– La participation aux activités des associations internationales de hautes juridictions administratives et aux réseaux d'échanges de magistrats ... 377
– L'Association des Conseils d'État et juridictions suprêmes de l'Union européenne (ACA Europe) ... 378
– Le soutien aux travaux de l'Institut français des sciences administratives (IFSA) et de l'Institut international des sciences administratives (IISA) ... 379